الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية

وزارة التعليم العالي والبحث العلمي

جامعة الجزائر

كلية الحقوق - بن عكنون -

الطبيعة القانونية للتعهد عن الغير

(في القانون المدني الجزائري)

مذكرة لنيل شهادة ماجستير فرع العقود والمسؤولية.

إعداد الطالبة:

*- حـمـداوي نـــورة.

تحت إشراف الأستاذة:

د/ ب. مـــوالــك.

لجنة المناقشة

١- الأستاذ / ة : .... رئيسا.

٢- الأستاذ / ة : .... مقررا.

٣- الأستاذ / ة :.. عضوا.

السنة الجامعية: ٢٠٠١/٢٠٠٢

الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية

وزارة التعليم العالي والبحث العلمي

جامعة الجزائر

كلية الحقوق - بن عكنون -

الطبيعة القانونية للتعهد عن الغير

(في القانون المدني الجزائري)

مذكرة لنيل شهادة ماجستير فرع العقود والمسؤولية

إعداد الطالبة :

*- حـمـداوي نـــورة.

تحت إشراف الأستاذة :

د/ ب. مـــوالـك.

السنة الجامعية: ٢٠٠١/٢٠٠٢

إهـــداء

الحمد لله الذي أعانني على إتمام هذا العمل الذي يعد قطرة من بحر العلم.

أهدي هذه الثمرة الى أبي و أمي الحبيبان أطال الله في عمرهما.

الى إبنتي قرة عيني " **زانالb** " .

الى إخوتي و أخواتي و على الخصوص أخي " **رضا** ".

الى الأستاذ الفاضل/ **قادري ،عمر**

و الى كل من ساعدني في إنجاز هذا العمل.

شـكـرا.

شكر خاص

الى من أعانتني بإرشاداتها و توجيهاتها لإكمال هذا

العمل المتواضع الدكتورة **/ موالك . ب.**

شـكـــرا.

و أتـمـنـى مـن الله عـز وجـل

أن تكون هذه الرسالة في المستوى المطلوب.

مقدمة:

الأصل في التصرف عموما أن ينصرف لمن قام به. فالشخص يلتزم بإرادته أو بعمله المادي و لكن لا يلزم غيره بهذه الإرادة أو بهذا العمل (١).

هذا ما يعنيه قوله تعالى في الآية الكريمة:" و أن ليس للإنسان إلا ما سعى"(٢) و قوله تعالى أيضا:" لها ما كسبت و عليها ما إكتسبت" (٣). لكن الأصل في التصرف الإنساني النسبية بمعنى أن أثار التصرف تقتصر على شخص المتصرف و لا تتعداه الى غيره و هذا ما يعنيه مبدأ نسبية أثار العقد.

و المقصود هنا بالغير: الغير الأجنبي أصلا عن التصرف (٤).و كان من المفروض طبقا للقاعدة مبدأ نسبية أثار العقد أن يظل هذا الغير بعيدا عن التأثر بالعقد فلا يتلقى منه حقا و لا يتحمل بسببه إلتزاما و مع ذلك نجد المشرع قد أجاز الخروج عن هذه القاعدة فيما يتعلق بالحقوق وحدها دون الإلتزامات و قرر في المادة ١١٣ من القانون المدني الجزائري:" لا يرتب العقد إلتزاما في ذمة الغير و لكن يجوز أن يكسبه حقا".

و عليه فالقاعدة العامة لمبدأ نسبية أثار العقد تقبل إستثناءات فيما يخص شقها الإيجابي المتعلق بالحقوق و أهم صورة له الإشتراط لمصلحة الغير المنصوص عليه في المادة ١١٦ من القانون المدني الجزائري. أما شقها السلبي المتعلق بالإلتزامات فإنه لا يقبل إستثناءات إلا في حالات ضئيلة جدا و هذا وفقا لما يقرره القانون.

فالقانون وحده هو الذي يستطيع أن يلزم الغير و هذا حفاظا على الإستقرار في المعاملات بين أفراد المجتمع و من هذه الإستثناءات (٥).

١- المجلة الجزائرية للعلوم القانونية و الإقتصادية و السياسية - بيع الفضولي في الفقه الإسلامي و القانون المدني - ج ٣٩ رقم ٠١ - ٢٠٠١ بقلم محمد سعيد جعفر . صفحة ٢٥.

٢- سورة النجم الآية ٣٩.

٣- سورة البقرة الآية ٢٨٥.

٤- د/ عبد السيد أحمد عبد الله. نظرية العقد. في قانون المعاملات المدنية الإمارتي، دراسة مقارنة، الفقه الاسلامي طبعة ١٩٩٥م دار النهضة العربية صفحة ٢٦٦.

٥- د. محمد حسين منصور مصادر الالتزام : العقد – الارادة المنفردة ص ٢٠٠١,٢٠٠ –د بلحاج العربي النظرية العامةللإلتزام في القانون م ج الجزء الأول التصرف القانوني ، العقد، الارادة المنفردة- ديوان المطبوعات الجامعية ص ١٥

فاااانون وحده هو الذي يستطيع أن يلزم الۼير و هذا حفاllا على الإسـتارار فـي المعامKǓ بين أفراد المجتمع. و من هذه الإستثناCاKl:(č).

- يارر اااانون أحيانا للۼير دعوى مباشرة في شۆن عاد لم يكن طرفا فيۿ فيكـون للداFن رفع دعوى ضد مدين مدينۿ.

- تطبياا للمبدأ ااFل: " أن الۼلط الشاۓ ياوم ماام ااانون " فإن صـاحب الشـۆن يكون مسۆوǓ عن حماية الۼير حسن النية مثل حالة الوارﺇ الlاهر ... .

- تنصرƧ أثار العاود الجماعية في حۓ الجماعة كلها و ليΣ فاط من شاراا فيهـا. مثالۿ عاود العمل الجماعية حيﺇ أن هذه الأخيرة تبرمها الأۼلبية و تسري في حۓ الأقليـة التي لم توافۓ عليها.

- كذلاا خروجا عن المبدأ العام نص ااانون على نlام قانوني يمكـن أن يترتـب عنۿ نشوC التزاماK على عاتۓ الۼير من دون أن يكون قد شاراا فيۿ و المجسد في نlام التعهد عن الۼير La promesse de porte fert لكن و إن كان مlهره يوحي أنۿ إستثناC من مبـدأ نسبية أثار العاد إǓ أنۿ في حاياتۿ مجرد تطبيۓ ۿ(Ď)Ǔ لأنۿ كلما كان إنصراƧ أثار العاد الى الۼير معلاا على موافاتۿ كان ذلاا تطبياا للااعدة العامة.

و يرجع الفضل في بلورة و إبراز أسΣ نlام التعهد عن الۼير الى كل من الفايـۿ بوتييۿ POTHIER و بولونجي BOULANGER.(ď):

فۆما بوتييۿ فاد تعرƠ الى التعهد عن الۼير في كتابـۿ الإلتزامـاKl Les obligations و كمرحلة أولى من دراستۿ رأى أنۿ Ǔ يمكن التعهد اǓ على نفسۿ لأنۿ لما نعد أن شخص خرC سيلتزم بإعطاC شيC دون التعهد عنۿ فإن هذا Ǔ يلزمۿ لإعتباره أجنبياǓ و Ǔ يلـزم الواعد لأنۿ إفترƠ أنۿ وعد من أجل إلزام الۼير و لم يعني إلزام نفسۿ.

١- د/ محمد حسين منصور مصادر الإلتزام: العقد - الإرادة المنفردة صـفحة ٢٠٠ – ٢٠١ – د/ بلحـاج العربـي، النظرية العامة للإلتزام في القانون – م. ج. ج صفحة ١١٥.

Ď- د/ عبد السيد أحمد عبد اللهǓ المرجع السابۓ صفحة ĎēĒ د/ فريدة زواويǓ رسالة لنيل رسالة الدكتوراه مبدأ نسـبية أثار العاد صفحة čĒč.

3/ -jean boulonger. La promesse de porte fort et les contrats pour autruis these coen 1933.

أما في المرحلة الثانية من دراسته فقد ذهب بوتييه الى وضع الأسس التي يقوم عليها التعهد على الغير، بحيث إعتبره إلتزاما له خاصية ضم الغير لتصرف لا يلزمه الا إذا أقره بنفسه.

أما الفقيه بولونجيه فقد تعرض لموضوع التعهد عن الغير من خلال رسالة ماجيستير تحت عنوان La promesse de porte fort et les contrats pour autruis مبرزا فيها الأسس التي يقوم عليها التعهد عن الغير و الآثار المترتبة عنه.

فنظام التعهد عن الغير نظام صاغته الصناعة الفقهية الغربية، إذ أن الفقه الإسلامي بصفة عامة والعربي بصفة خاصة لم يعرفه من قبل. لكن الفقه الإسلامي يستعيض عن هذا النظام بنظام الفضالة المعروفة أيضا في القانون الوضعي و الذي يقوم على تدخل الشخص في شؤون الغير بدون أن يكون ملزما بذلك لكن هذا لا يمنع من أن يضيف الفضولي الى التصرف الذي قام به لحساب الغير وعدا يتعهد بمقتضاه بأن يجعل الغير يقبل هذا التصرف و يكون بذلك مسؤولا قبل الموعود له لاسيما أن الوعد في المذهب المالكي يلزم الواعد على خلاف المذاهب الأخرى. (1).

و تجدر الإشارة هنا الى أن التعهد عن الغير يختلف عن الوعد من حيث أنه يتضمن التزاما شخصيا من المتعهد تجاه المتعهد له و بالتالي يقيم مسؤوليته الشخصية عند رفض الغير الإلتزام بالتعهد. فالتعهد إذن يؤدي معنى الإلتزام و هذا ما لا يفيده الوعد (2).

و لقد نص المشرع الجزائري على التعهد عن الغير في المادة 114 من القانون المدني التي تقضي: " إذا تعهد شخص عن الغير فلا يتقيد الغير بتعهده، فإذا رفض الغير أن يلتزم وجب على المتعهد أن يعوض من تعاقد معه، و يجوز له مع ذلك أن يتخلص من التعويض بأن يقوم هو بنفسه بالإلتزام به. أما إذا قبل الغير هذا التعهد فإن قبوله لا ينتج أثره إلا من وقت صدوره ما لم يتبين أنه قصد صراحة أو ضمنيا إن يسند أثر هذا القبول الى الوقت الذي صدر فيه التعهد.(3).

1- د/ مصطفى الجمال، مصادر الإلتزام صفحة 234.

2- عبد الرزاق السنهوري، الجزء الأول مصادر الإلتزام هامش 1 صفحة Ē1ē.

3- و تقابل المادة 114 مدني جزائري المادة 153 مدني مصري و المادة 1120 مدني فرنسي.

فمن خلال نص المادة ĎČĐ نجد المشرع الجزائري قد تناول موضوع التعهد عن الغير دون تعريفه (Ď).إذ إكتفى بإعطاء الأسس التي يقوم عليها التعهد عن الغير و المتمثلة في:

- إلتزام المتعهد بإسمه و إلتزامه لنفسه تجاه المتعهد له.
- إلتزامه بالحصول على قبول الغير للتعهد.

و يكون بذلك قد إتفق مع الفقه من خلال إعتماده لهذه الأسس لأن التعهد حسب الفقه بصفة عامة ما هو إلا إلتزام شخصي من المتعهد تجاه المتعهد له بالحصول على موافقة الغير فبدون هذا الإلتزام لا نكون أمام تعهد عن الغير.(Ď).

فالتعهد عن الغير إذن يدخل في تنفيده ثلاثة أطراف : المتعهد، المتعهد له، المتعهد عنه (ď):

- المتعهد: هو الطرف المدين بالإلتزام بالحصول على موافقة الغير إتجاه المتعهد له.
- المتعهد له: هو الذي حصل التعهد لصالحه و لمنفعته.
- المتعهد عنه: هو الغير نفسه و الذي يلتزم المتعهد بإقناعه على الإلتزام بالتعهد.

و تبرز الأهمية العملية للتعهد عن الغير في عدة مجالات:

في المجال العائلي و المالي فالتعهد عن الغير تدعو إليه الحاجة من الناحية العملية عندما يتعذر الحصول على موافقة صاحب الشأن بسبب غيابه و لا تكون هناك نيابة تسمح بإبرام العقد بإسمه كأن يعرض على شركاء على الشيوع شراء العين المشاعة بثمن مغري و لم يكن أحدهم حاضرا فخشية ضياع الفرصة يقبل الشركاء التعاقد عن أنفسهم و التعهد عن شريكهم الغائب بالموافقة على البيع عند حضوره.

Ď- د/ علي فيلالي الإلتزامات – النظرية العامة للعقد صفحة ďďĐ.

ملاحظة:و لا يعتبر هذا عيبا أو ناقصا فيه لأن التعريف عمل فقهي أكثر منه عمل تشريعي.

Ď- د/ عبد الرزاق السنهوري المرجع السابق ج Ď صفحة ĒČĚ. jean boulonger these precite p.7 et

(HENRY ET LEON) MAZEAUD ET JEAN (MAZEAUD LES LECONS DE DROIT CIVIL : TOME II 1ER VOLUME P 594 .

ď- د/ محمد حسين منصور. مصادر الإلتزام الصفحة ďČď.

كما يمكن أن تدعو الحاجة الى التعهد في حالة ناص أهلية صاحب الشǖن إذا مـا تخلفƘ النيابة عنǆ في إبرام العاود مثالǇ أن يتصرƑ شركاĈ على الشـيوŸ ببيـع المـال المشاŸ مع وجود قاصر بينهم و تحاشيا مـنهم لǠجـراƘĈ المطلوبـة مـنهم قانونيـا. - كالحصول على إذن من الااضيĈ. - يتعهدون عنǆ بإقرار العمليـة عنـد بلوǡـǇ سـن الرشد(č).

* - **مجال الشـركات:** ففي حالة تǖسيƩ الشركة يكون بإمكان مǘسسـيها التعامـل لحسابها متعهدين عنها أنها ستار بعد تǖسيسها التعامƘǛ المبرمة في هـذه الفتـرة (Ď). المطاباة و هذا ما تارره المادة ďĐĕ من الاانون التجاري الجزاƑري التي تاضي: Ǜ تتمتع الشركة بالشخصية المعنوية إǛ من تاريƣ قيدها في السجل التجاري. و قبل إتمـام هـذا الإجراĈ يكون الأشخاص الذين تعهدوا بإسم الشركة و لحسابها متضامنين من ǡير تحديد أموالهمǃ إǛ إذا قبلƘ الشركة بعد تǖسيسها بصفة قانونية أن تǖخذ على عاتاهـا التعهـداƘ المنعادة " (ď).

أما الشركاƘ المدنية فلاد تارر لها نفƩ الحكم في المادة čĔĐď مدني فرنسي أمـا في الاانون المدني الجزاƑري فǚ وجود لنص خاص لها. إǛ أنǆ ليƩ هناƃ ما يمنع مـن التعهد عن شركة مدنية للحصول على إقرارها بعد تǖسيسها (Đ). Ǜ سيما و أن المشـرŸ الجزاƑري لم يحدد في المادة ččĐ قانون مدني جزاƑري من هو " الǢير " حسـب رأينـا و يمكن أن يكون هذا الǢير إما شخصا طبيعيا قاصرا كان أو راشد أو شخصـا معنويـا موجودا أو مستابǚ كما في حاƘ شركة مدنية أو شركة تجارية لم يتم تǖسيسها بعد.

و تجدر الإشارة هنا الى أن ميزة الضمان (đ) التي يتمتع بها نǚام التعهـد عـن الǢير و المجسدة في الإلتزام الشخصي للمتعهد تجاه المتعهد لǇ أدƘ الى خروƜ التعهد عن الǢير من مجالǆ التاليدي الى مجاƘǛ حديثة.

č- د/ مصطفى الجمال المرجع السابق صفحة ٢٣٤،د/ عبد الرزاق السنهوري المرجع السـابق ج١ صـفحة ٦١٨-٦١٩.

٢- M Vericel - ART desuetude ou actualité de la prommesse de port fort Page 123 – 124.

٣- و تقابل المادة ٥٤٩ قانون التجاري جزائري المادة ٢/٥ من القانون التجاري الفرنسـي مـن قـانون ٢٤ جويليـة ١٩٦٦.

٤- د/ فريدة زواوي، رسالة دكتوراه المرجع السابق صفحة ١٦٤.

1- M Stork juris classeur civil ART 1120 Fas 7 . 2 . contrat et obligations 1992. Page 4.

فمن أداة قانونية يراد بها تغطية غياب صاحب الشأن أو لعدم أهليته الى أداة قانونية تربط بين عدة عقود أو توازن بين المتعاقدين من حيث إستفادة كل طرف من العقد الرئيسي أو توازن بين المعاملات في مجال العلاقات التجارية الدولية (2).

أولا: التعهد كأداة ضمان:

قد يتفق طرفان في عقد معين و يتعذر على أحدهما ضمان تنفيذ العقد لوحده بحيث يكون بحاجة الى الغير فيلجأ الى التعهد عن الغير مثاله المقاول الذي يكون غير متأكد من تنفيذ المشروع بنفسه يتعهد الى رب العمل أنه سيحصل على كفالة بنك معين.

ثانيا: التعهد كأداة توازن بين العقود(3):

و هنا يأتي التعهد هنا لتغطية الفارق الموجود بين المتعاقدين من حيث إستفادة طرف من العقد الرئيسي بحيث يتحصل على فائدة أكبر من المتعاقد الآخر و لتحفيز هذا الأخير على التعاقد يلجأ الطرف المستفيد من العقد الرئيسي الى التعهد عن الغير بجعله يتعاقد مع المتعاقد الآخر. فمن المعمول به غالبا في حال العقد الذي يبرمه صاحب محل للمشروبات مع ممول للمشروبات و مقابل الخدمات التي يقدمها هذا الأخير يتعهد له صاحب المحل بأنه في حال تنازله عن محله للغير سيجعل هذا الغير يتعامل معه بالتالي يكون من حق الممول الحصول على تعويض في حال رفض الغير المتنازل له الإلتزام بالإلتزام المتعهد به عنه.

كما أنه بالرجوع الى العلاقات التجارية الدولية نجد التعهد عن الغير كأداة قانونية توازن بين المعاملات Transactions. خصوصا إذا تعلق الأمر بعقود المقايضة بين شركات الدول الغربية و الهيئات التجارية الخارجية للدول النامية بحيث أن هذه العقود تسمح لهذه الأخيرة من تغطية عجزها للعملة الصعبة بحيث تفرض عن مصدر الدول الغربية دفع سلع بدلا من الدفع نقدا على كل المعاملة أو جزء منه فمقابل أن تشتري الدول النامية مثلا من الدول المتطورة تتعهد هذه الأخير عن شركاتها الوطنية بأنها ستشتري المنتوجات المتحصل عليه من هذه الدول.

Č- M Vercel ART precite page 128.

Ď- M vericel. A R T. Pricite pqge 128 et 129.

و هذه العاود تعرƵ بإلتزام ماابل الشراƇ. Engagement de contre achats و التي تكـون ماورنة بشرط جزاƑي المدعوم بكفالة (Č).

كذلƙ بالرجوƳ الى المجال الاانوني نجد التعهد عن الƴير في فرنسا نƉـام معتمـد لدى المحامين و هذا لتسهيل ممارسة مهامهمǛ فالتعهد في هذا المجال يعطى كضمان مـن المحامين عن وكƜƑهم في حالة الحجز أو الحبƩ و كذلƙ في حالة التدابير المƌقتة(Ď).

و تجدر الإشارة هنا الى أن إختƜƹ مجاƙǗ التعهد يƉهر لنا أن التعهد عن الƴير ليƩ بنادر الوقوƳ في الحياة العملية كما يعتاد البعƯ Ǜ فهو يتـƌقلم و متƴيـراƙ الحيـاة العملية فمن مجال العƜقاƙ العاƑلية و المالية الى مجال الإقتصاد و العƜقـاƙ التجاريـة الداخلية و الدولية و كل هذا يرجع الى صفة الضمان التي يتمتع بهـا و التـي يمنحهـا للطرƵ الأخر ففي كل الحاƙǗ يكون للمتعهد له حƀ الحصول على تعويƯ فـي حـال رفƯ الƴير الإلتزام بالتعهد - المادة Č/ČČĐ مدني جزاƑري -.

لكن بالرƹم من كل هذه الأهمية العملية للتعهد عن الƴير يباى هذا الأخير يطـرƟ عدة إشكاƙǗ في قانوننا الوضعي:

*- برجوعنا الى نص المادة ČČĐ نجد المشرƳ قد إعتبـر التعهـد عـن الƴيـر عاادا: " ...... وجب على المتعهد أن يعوƯ من تعاقد معه ......" هذا من جهة و من جهـة أخرى نجد التعهد ضمن االسم الثالƚ المعنون - أثار العاد - فإن كان التعهد عاـدا لمـاذا وضعه في هذا االسم و لم يخصص له قسما خاصا مثله مثل العاـود الأخـرى كالكفالـة أو عاد البيع ... الƣ.

فحسب هذا التاسيم يƉهر التعهد كأنه أثر لعاد من العاود و ليƩ كعاد لـه أركانـه و شروطه الخاصة به Þ .

Č- M Vericel A R T precite page 128 et 129.

2- ARTICLE 6:LIENS MATERIELS PERSONNELS AVEC LE CLIENT- PORTE- FORT -DU 21 FEVRIER 1969.
- EXT. BULLETIN - PORTE- FORT- NI 73,OCTOBRE 1983

على خǓƻ المشرƳ الألماني الذي جعل من التعهد عادا و وضعǊ ضـمن طاƑفـة عاود الضمان التي يشتمل محلها على إصǓƟ الضرر الناتǆ عن عدم الإقـرار أو تنفيـذ الإلتزام الأصلي كعاد الكفالة.(č).

* - بالرجوƳ الى نص المادة ččĐ نجد المشرƳ الجزاƑري لم يحدد بالضبط وǛيفة تعبير الƸير فهو حاياة جعل التعهد إيجابا بإعتباره موافاة الƸير قبوǓ لكنǊ في نفƩ الوقƪ إعترƻ بالأثر الرجعي للابول و بالتالي يكون قد تƋثر بنǛرية العاد التام التي تعتبر التعهد عادا تاما و ما موافاǊ الƸير إǓ إقرارا لǊ و حسب رأينا يعد هذا موقƻ Ƹير سـليم فإمـا الأخذ بنǛرية الإيجاب كلية أو نǛرية العاد التام. فكل منهما لǊ حججǊ و Ǔ يمكن الأخـذ بالموقفين معا. و بذلƃ يطرƟ التساǗل هنا هل التعهد إيجاب موجǊ للƸير و بـذلƃ يلتـزم الƸير بماتضى عاد جديدþ أم هو عاد واحد و بذلƃ يكون التزام الƸير بماتضى التعهد þ أم أن هناƃ حاǓƪ يمكننا إعتبار التعهد إيجابا فيها و حاǓƪ يكون فيها التزام الƸير بماتضى التعهد þ.

- ƃƃƃ: يطرƟ الإشكال في موضوƳ بحثنا أيضا حول المركز الاانوني للمتعهد عن الƸير. فهل المتعهد يعتبر وكيǓ خصوصا و أن إرادتǊ هي التي تحل محل إرادة الأصيلþ أم أنǊ فضولي خصوصا و أنǊ يتدخل في شƔون الƸير بدون أن يكون ملزماþ.

أم أنǊ كفيل خصوصا و أن المادة ččĐ من الاانون المدني الجزاƑري تجيز لǊ تنفيذ الإلتزام المتعهد بǊ عند رفƭ الƸير الإلتزام بالتعهدþ.

و تجدر الإشارة هنا أنǊ قد تم الإعتماد على ما هو مƋخوذ فـي الفاـǊ و الاضـǒا الفرنسيين و ذلƃ لإفتاار الاضاǒ الجزاƑري لƘحكام الاضاƑية للتعهد عن الƸيـر و حسـب رأينا يرجع ذلƃ على العموم:

č- ربما لجهل الناƩ بوجود أداة قانونية تسمƠ لهم بالتعامل نيابة عن الƸير بدون وجود سلطة لتولي شƔونǊþ.

1- jean boulonger these precite page 07.

و هنا يظهر دورنا في إبراز التعهد كنظام مستقل له خصائصه و أسسه و أحكامه مثله مثل الأنظمة القانونية المشابهة له و بالتالي إبراز مدى أهميته في الحياة العملية و خاصة التجارية و الإقتصادية نظرا لكون هذه المجالات تقوم على صفة الضمان و الإئتمان التي لا يفتقر اليها التعهد عن الغير.

و من خلال هذه التساؤلات المطروحة يمكننا طرح الإشكال الرئيسي لموضوع بحثنا حتى نتمكن من إيضاح الطبيعة القانونية للتعهد عن الغير. **هل التعهد عن الغير نظام قانوني قائم بذاته رغم نقاط التشابه التي تجمعه مع كل من الفضالة و الوكالة و الكفالة؟ و ما هي القيمة القانونية للتعهد عن الغير كتصرف قانوني تم بدون سلطة و بالتالي ما هو دور و أثر تعبير الغير في تحديد طبيعته القانونية؟**

و سنحاول الإجابة عن هذا الإشكال من خلال فصلين:

الفصل الأول: نتعرض فيه الى تحديد المركز القانوني للمتعهد من خلال مبحثين:

المبحث الأول: نتعرض فيه الى مركز المتعهد من حيث أنه متولي لشؤون الغير.

المبحث الثاني: نتعرض فيه الى مركز المتعهد من حيث أنه ضامن لإلتزام عادي.

الفصل الثاني: و يعتبر هذا الفصل كنتيجة للفصل الأول في كون التعهد نظام قائم بذاته من خلال مبحثين:

المبحث الأول: نتعرض فيه الى تحديد القيمة القانونية للتعهد عن الغير من خلال مطلبين.

المبحث الثاني: نتعرض فيه الى تحديد أثر تعبير الغير في التعهد عن الغير.

و أخيرا الخاتمة نتعرض فيها الى النقاط الرئيسة المتوصل اليها في تحديد التعهد عن الغير كنظام قائم بذاته له خصائصه و أسسه الخاصة به مثله مثل الأنظمة الأخرى.

الفصل الأول

المركز القانوني للمتعهد عن الغير

يتضمن التعهد عن الغير التزاما شخصيا من المتعهد تجاه المتعهد له بالحصول على رضا صاحب الشأن فالمتعهد يتصرف بإسم الغير حيث يظهر بمظهر المتولي لشؤون ذلك الغير (المبحث الأول) فما مدى إعتباره وكيلا (المطلب الأول) و ما مدى إعتباره فضوليا (المطلب الثاني).

و لكن المشرع ألزم المتعهد عند توليه لشؤون الغير بضمان الإلتزام التعاقدي (المبحث الثاني).

هل هذا يعني أن هذا الضمان مجرد وعد بالتعاقد أم أنه ضمان لإلتزام عادي نهائي (المطلب الأول).

كما أن ضمان المتعهد للإلتزام التعاقدي هل يجعل منه كفيلا خصوصا و أن المشرع الجزائري قد أجاز له تنفيذ الإلتزام المتعهد به عند رفض الغير له(المطلب الثاني).

المبحث الأول

المتعهد متولي لشؤون الغير

قد يباشر التصرف القانوني صاحب الشأن فيه أي الأصيل، كما قد يباشره عنه الولي أو الوكيل و يكون التصرف في هذه الحالة صادرا ممن له ولاية التصرف.

غير أنه قد يباشر التصرف ممن ليس له ولاية التصرف من صاحب شأن أو مجاوزا لإذن صاحب الشأن.

و قد يسلم المشرع لفكرة أن للشخص أن يتصرف في شؤون الغير متى دعت الضرورة لذلك محافظة على مصلحته و هذا طبعا على أن لا يضر بالغير و ذلك كما في حالة الفضولي أو الوكيل المجاوز لحدود سلطته أو المتعهد.

من جهة نجد التعهد عن الغير يتضمن نيابة من المتعهد في تولي شؤون الغير فهل هذا يعني أنه يعد وكيلا عن هذا الغير؟ (المطلب الأول).

من جهة أخرى نجد المتعهد يلتزم شخصيا تجاه المتعهد له دون أن يكون ملزما بذلك فهل هذا يعني أنه يعد فضوليا عن الغير؟. هذا ما سوف نحاول إبرازه من خلال هذا المبحث.

المطلب الأول

مدى إعتبار المتعهد وكيلا

و تدعو الحاجة الى التعهد عن الغير عموما عندما يتعذر الحصول على رضا صاحب الشأن نظرا لنقص أهليته أو لغيابه (1).

فالتعهد عن الغير يتضمن نيابة في تولي شؤون الغير مقرونة بإلتزام شخصي من المتعهد بالحصول على موافقة الغير أو التعويض (2).

بذلك يتفق التعهد عن الغير و الطبيعة القانونية للنيابة في التعاقد وفق المفهوم الحديث لنظرية النيابة (3) و التي نعني بها حلول إرادة النائب محل إرادة الأصيل و كأنما الأصيل هو الذي قام به بنفسه (4) فالمتعهد عندما يقوم ببيع عقار للغير مثلا فإن إرادته تحل محل إرادة الغير في عملية البيع بحيث أنه يباشر البيع مع تعهده للمتعهد له بالحصول على موافقة الغير بحيث تتم عملية البيع و كأن المتعهد وكيلا قانونيا لأن فنية التعهد عن الغير و التعامل لحساب هذا الغير تظهر بمجرد إلتزامه بضمان الحصول على موافقة الغير. و بالتالي يكون تعبير عن الإرادة في العقد صادرا عن إرادته و كأنه وكيل. فهل المتعهد هنا يعتبر وكيل عن الغير أم أنه يختلف عنه هذا ما سوف نحاول دراسته من خلال هذا المطلب و ذلك بالرجوع الى أسس قيام التعهد عن الغير المنصوص عنه في المادة 114 من قانون مدني جزائري.

١- د/ عبد المنعم فرج الصدة. مصادر الإلتزام ، صفحة ٤٠٧.

٢- د/زهير المارثين: الوجيز في نظرية الإلتزام – مديرية الكتب و المطبوعات – حلب طبعة أولى ١٩٦٧. ص١٥٥.

- د/ محمد حسين منصور. مصادر الإلتزام صفحة ٣٠٢ و كذلك الدكتور عبد الحي حجازي النظرية العامة للإلتزام ج٢ مصادر الإلتزام صفحة ٢١٩.

3- Jean Boulanger these precite page 21.

و هذا ما تؤكده المواد ٧٣ الى ٧٦ مدني جزائر

٤- د/ علي علي سليمان ، المرجع السابق ج ١ صفحة ٤٢.

الفرع الأول

إلتزام المتعهد بإسمه و بإلزامه لنفسه

يرى بولونجيه: أننا لسنا بصدد النيابة المقصود بها حلول إرادة النائب محل إرادة الأصيل لأن هذه الإرادة تنقصها السلطة اللازمة لتولي شؤون الغير لكننا أمام النيابة المتعلقة بمصالح الغير فالإختلاف ظاهري لأنه في غالب الأحيان يتدخل النائب في التعامل لحساب الأصيل دون إذن مسبق فيلجأ الى التعهد لأن هذا الأخير لم يوكله و هنا يكون المتعهد وكيلا يشترط أن تضاف أثار التصرف الى الأصيل بعد إقراره لما تم لحسابه بدون سلطة (١).

و لكن يمكننا الرد هنا أنه يكون هذا صحيحا لو كان المتعهد وكيلا مجاوزا لحدود سلطته لكن في نظام التعهد عن الغير ليست ثمة وكالة سابقة فكيف نفترض وجودها خصوصا و أن الغير المتعهد عنه يمكن أن يكون قاصرا أو شخصا مستقبليا مثل حالة الشركة التجارية التي لم تقيد في السجل. كما أن العبرة ليست بنية المتعهد في التعامل لحساب الغير بل بإرادته و التي تفتقر للسلطة اللازمة للتدخل في تولي شؤون الغير نظرا لغياب السلطة لديه. و إن كانت الصورة الغالبة للتعهد عن الغير هي حالة الوكيل المجاوز لحدود سلطته لكن هنا يمكننا التعايب أن الوكيل يكون وكيلا فيما يخص حدود وكالته و متعهدا فيما عدى ذلك فبالرجوع الى أسس قيام الوكالة و التعهد عن الغير نجد إختلافا جذريا بين كلا النظامين من حيث أن: المتعهد يلتزم بإسمه و بإلزامه لنفسه و ليس الغير (الفرع١) و أثار التعهد تنصرف الى المتعهد و ليس الغير (الفرع ٢).

و بالرجوع الى نص المادة ١١٤ من القانون المدني الجزائري نجد أن التعهد عن الغير يستلزم لقيامه أن يلتزم المتعهد بإسمه هو لا بإسم الغير الذي يعد طرفا أجنبيا عنه.

1- Jean Boulanger these precitee page 23 et 24.

فالتعهد عن الغير عملية ذاǨ طرفين يكون فيها المتعهد الطـرƻ المـدين تجـاه المتعهد ƿƅ(č). و يرجع هذا الشرط الى كون أن المتعهد لم يحصل على توكيل من هـذا الغير يجيز ƿƅ االيام بعمل معين. فالوكيل وحده الذي يتعاقد بإسم الأصيل و لحسابƌ نƔارا لوجود وكالة من هذا الأخير(Ď).

فŎ بد أن تتجƌ إرادتƌ الى إلزامƌ لنفسƌ Ŏ الى الزام الغيرƔ فإذا أراد إلزام الغيـر بالتعهد فإن تعهده يعد باطŎ لإستحالة المحل لأن إلتزام الغير سيكون عند موافاتـƌ علـى الإلتزام المتعهد بƌ مما يجعل من التعهد تطبياا منطاياا للااعدة العامة لمبدأ نسبية أثار العاد .(ď)

و بما أن المتعهد هو الطرƻ المدين بالإلتزام تجاه المتعهد ƿƅ في نƔـام التعهـد. يستلزم منƌ ذاƩ أن تكون ƿƅ أهلية التعاقد المطلوبة قانونا لإبرام التصرفاǨ الاانونية و خلو إرادتƌ من عيوب الإرادة كالغلط و التدليƧ و الإكـراه و الإسـتغŎل أو عـارƮ مـن عوارƮ الأهلية – المادة ĐĐ و Đď مدني جزائري. و هنا يتميز المتعهد عن الوكيل فـي كون أن هذا الأخير يتعامل بإسم الموكل و لحسابƌ و بالتالي ينƔر في التعاقد الـى إرادة النائب من حيƛ سŎمتها من عيوب الإرادة و في إنصراƻ أثر التعاقد الى الأصيل فنكون هنا أمام إرادة ƔاهرƔ من ناحية و أهلية من ناحية أخرى (Đ).

و يجب الإشارة الى أنƌ ليƧ كل من يتعامل بإسمƌ عن الغير يعـد متعهـدا عنـƌ مثل حالة الوضع الƔاهر و النيابة الناقصة:

١- د/ أنور سلطان ، المرجع السابق صفحة ٢١٢.
٢-د/ خليل أحمد حسن قدادة، المرجع السابق صفحة ١٢٨.
٣- د/ عبد الرزاق السنهوري المرجع السابق ج1 صفحة 619.
٤- د/ علي علي سليمان المرجع السابق ج١ صفحة ٤١ – الأستاذ بوحلاسة عمر مجلة الموثق العدد ١٥ سـنة ١٩٩٨ ص ٤٣.

*- قد يحدث أن يتعامل شخص بإسمه مع الغير و يعتقد هذا الأخير أنه يتعامل مع صاحب الشأن أو مع نائب قانوني هنا نحن أمام وضع ظاهر ينشأ عنه أن يكون الأصيل هو الملتزم إتجاه هذا الأخير حسن النية و هذا تطبيقا للقاعدة القانونية: " المظهر الظاهر يحمي المخدوع" (1).

هذا ما قررته محكمة النقض الفرنسية في قضية بيع مقترن بتعهد من الزوج لعقار مشترك بينه و بين زوجته حيث ألزمت الزوجة بعملية البيع على أساس الوضع الظاهر حماية للمشتري حسن النية لأن التعهد لا يلزمها (2). و نحن نرى أن هذا القرار يعد تطبيقا للقواعد العامة المتعلقة بحماية الغير حسن النية خصوصا و أن التعهد في هذه الحالة لا يلزم الزوجة في شيء بينما الوضع الظاهر يلزمها بتنفيذ ما تم الإتفاق عليه.

*- كما لا بد من عدم الخلط بين التعهد و الإنابة الإتفاقية خصوصا و أن النائب في نظام الإنابة الإتفاقية يتعامل بإسمه و بعد ذلك تنتقل أثار العقد الذي أبرمه الى الأصيل مما ذهب بالبعض الى إعتبار التعهد الإنابة الإتفاقية (3).

لكن يمكن الرد هنا أن الإنابة الإتفاقية تنظم علاقة داخلية بين كل من النائب و الأصيل حيث يلجأ هذا الأخير الى مثل هذا التعامل تهربا من القانون كأن يكون شخصا محظورا عنه قانونا ممارسة نشاط معين فيلجأ الى تعيين شخص يعمل ظاهريا بإسمه (النائب) و لكنه في حقيقة الأمر يعمل لحسابه و أهم صورة لهذا التعامل هي العمولة LA Commission و فيها يكون النائب ملزما تجاه الأصيل المناب بصرف أثار التعامل إليه و يكون للأصيل أن يلزمه بدعوى شخصية إما بنقل أثار النيابة الى ذمته و إما بالتعويض (4).

بينما إذا رجعنا الى نظام التعهد عن الغير فإنه ليست ثمة علاقة بين المتعهد و المتعهد عنه. فالمتعهد يتدخل بدون سلطة و لا يدعي أنه نائب بل يسلم أنه متولي شؤون الغير بدون سلطة فيظل المتعهد عنه أجنبيا عن التعهد حتى يوافق عليه.

١- د/ محمد حسين منصور مصادر الإلتزام: العقد - الإرادة المنفردة صفحة ٢٠٠ – ٢٠١

2- Cass civ 14 decembre 1976 cite par M , STORCK juris classeur CIV precite N° 41.

3- Jean Boulanger these precite page 68 et 69.

M, STORCK juris classeur civ. Precite page 11.

4- عبد الحي حجازي، مصادر الإلتزام ĎШ صفحة čěđ.

الفرع الثاني

إنصراف آثار التعهد للمتعهد

بالرجوع الى نص المادة ččĐ الفقرة الثانية من القانون المدني نجد أن التعهد عن الغير ليس إستثناء من قاعدة عدم إنصراف أثار العقد الى الغير، ذلك لأن من يتعهد بجعل الغير يلتزم بالتزام معين لا يلزم الغير و إنما يلزم نفسه و بالتالي إنصرف أثار التعهد الى المتعهد و ليس الغير، فهذا الغير لا يصبح مدينا بمقتضى هذا التعهد و إنما الذي يصبح مدينا هو المتعهد نفسه (č).

و في ذلك يختلف التعهد عن الغير عن التعاقد الذي يجريه النائب بإسم الأصيل فالنائب يحصل على إذن مسبق من الأصيل لذا تنتقل آثار نيابته الى هذا الأخير. و إذا كان النائب مجاوز لحدود نيابته فإن ذلك لا يلزم الأصيل لإنعدام النيابة، فإذا أقره الأصيل صار نافذا في حقه.

لكن تعاقد النائب في مثل هذه الحالة كثيرا ما يضاف إليه تعهدا عن الغير يبرمه النائب بإسمه شخصيا، و يتعهد فيه بالحصول على إقرار الأصيل للعقد الذي أبرمه بإسمه، فيكون هذا التعهد ملزما له شخصيا و إن كان غير ملزم للأصيل (Ď).

مما تقدم نستخلص أن المتعهد ليس وكيلا عن الغير فتعامله بإسمه تجاه المتعهد له كاف لوحده لتمييزه عن الوكيل، لكن هذا لا يمنع من أن يجمع الشخص بين الصفتين بأن يكون وكيلا و متعهدا في آن واحد كما في حالة الوكيل المتعهد لما جاوزه من حدود السلطة المخولة له بحيث يكون وكيلا لما تم توكيله له و متعهدا فيما عدى ذلك فلا بد من توافر شروط النظامين معا.

č- د/ عبد الحي حجازي النظرية العامة للإلتزام جزء č ص ĎĎČ.

Ď- د/ مصطفى الجمال. المرجع السابق صفحة Ďďē.

المطلب الثاني

مدى إعتبار المتعهد فضوليا

الفضولي هو من ع͏ب في الإشتغال بما لا ولاية له فيه فهو يتدخل فـي شـؤون الغير بدون توكيل أو نيابة (č).

و يمكننا بناءا على ذلك إعتبار المتعهد فضوليا طالما يتولى شؤون الغير بدون أن يكون ملزما بحيث انه يتدخل في شؤون الغير خشية تفويت فرصـة مربحـة لصـاحب الشأن مما أدى بالبعض الى إعتبار المتعهد فضوليا لكن فضالته تكون معلقة على شـرط واقف و هو موافقة الغير له (Ď).

يمكن الرد على ذلك أن الفضالة تنتج أثرها بالنظر الى أهميتها تجـاه رب العمـل و ليس بالنظر الى إقراره (ď).

كما أنه لو تعمقنا في أسس قيام كل من الفضالة و التعهد عن الغير نجد أن المتعهد يلتزم بإسمه و ليس بإسم الغير و تنصرف أثار التعهد إليه (الناطقة č) كما أنه يقوم بأعمال التصرف (الفرع Ď) و أنه ملزم بتحقيق نتيجة (الفرع ď).

الفرع الأول: تصرف المتعهد بإسمه:

يتصرف المتعهد أصالة عن الغير و كأنه صاحب الشـأن إذ يتصـرف بإسـمه و تنصرف أثار هذا التصرف اليه و ليس للغير على خلاف الفضولي.

فالمتعهد عند توليه لشؤون الغير لا يدعي أنه فضولي عن الغير بل يسلم أنه متعهد عن هذا الغير. فالتعهد على الغير يستلزم أن تتجه إرادة المتعهد للإلتزام بإسمه و بإلزامه لنفسه و ليس الى الزام الغير الذي يظل أجنبيا عن هذا التعاقـد. و بـذلك يختلـف عـن الفضولي الذي يعمل بإسم رب العمل كما لو كان نائبا عنه دون أن تكون هناك إنابة.

č- المجلة الجزائرية السابق ذكرها ď ě صفحة ĎĐ.

2- jean boulanger these precite page 11 a 15.

3- فريدة زواوي المرجع السابق صفحة čĒĐ مأخوذة من Marty et laynand T2 page 230.

و يترتب على تصرف المتعهد بإسمه إنصراف آثار التعهد إليه و ليس للغير فالغير حر و لا يعنيه التعهد طالما لم يوافق عليه.

بينما الفضولي نظرا لتصرفه بإسم رب العمل فإن كل التصرفات التي يقوم بها تنصرف الى هذا الأخير فحسب المادة 157 من القانون المدني الجزائري فإن رب العمل ملزم بتنفيذ التعهدات التي عقدها الفضولي لحسابه و بإسمه و برد النفقات النافعة و الضرورية.

غير أنه ينبغي التفريق فيما يخص هذه التعهدات بين فرضيتين:

*- فإذا كانت التعهدات التي تولى عقدها الفضولي بإسم رب العمل بإن أضافها العاقد إليه فإن هذا الأخير يلتزم بمقتضى النيابة القانونية التي تنشأ عن الفضالة و بها يصبح دائنا و مدينا لمن تعاقد معه الفضولي.

*- أما إذا كانت التعهدات التي تولى عقدها الفضولي بإسمه شخصيا بإن أضافة العاقد الى نفسه لا الى رب العمل فإن هذا الأخير لا يصبح دائنا أو مدينا لمن تعاقد معه الفضولي. بل ترجع آثار تصرف الفضولي إليه شخصيا و رب العمل إذا كان ملزما بهذه التعهدات فلا يكون ذلك على أساس الفضالة و إنما على أساس آخر كالإثراء بلا سبب (1).

و نحن نرى أنه في هذه الصورة الأخيرة يقترب مركز الفضولي من مركز المتعهد عن الغير في كونه تعامل بإسمه و ليس بإسم رب العمل. غير أنه يبقى الإختلاف بينهما فيما يخص أن المتعهد عن الغير عند تعامله يقيم مسؤوليته الشخصية تجاه المتعاقد معه و هذا ما يميزه عن الفضولي.

١- مجموع الأعمال التحضيرية المصرية الجزء ٢ لسنة ١٩٥٩ – أشار الى هذا المرجع الدكتور علي سليمان المرجع السابق الجزء الأول الصفحة ٢٩٢.

غير أنه لا مانع من أن يجمع الشخص بين صفتي الفضـولي و المتعهـد فـي آن واحد، كأن يقوم الفضولي بتعهدات تجاه المتعاقد معه و هذا الأخير حفاظـا علـى حالـه يشترط على الفضولي أن يضمن له حاله في حالة منازعة رب العمل في تحقيق شـروط الفضالة كأن يستعين الفضولي ببناء لترميم منزل و يرى رب العمل أن التصرف الذي تم لحسابه ليست له أهمية فيرفض دفع النفقات التي صرفت لهذا العمل، ففـي هـذه الحالـة يجمع بين صفتي الفضولي و المتعهد فهو متعهد بالنسبة للبناء المتعاقد معـه و فضـولي بالنسبة لرب العمل.

الفرع الثاني
إلتزام المتعهد عن الغير بالقيام بعمل

لم تحدد المادة 114 من القانون المدني الجزائري ما يمكن التعهد به عـن الغيـر و بالتالي يمكننا القول أن التعهد يشمل كل ما يمكن أن يتعلق بفعل الإنسان(1) لكن بشرط أن تكون هذه الأفعال غير مخالفة للنظام العام و الآداب العامة و إلا كان التعهد باطلا.

و يمكن تصنيف الأعمال التي يمكن التعهد بها عن الغير ضمن طائفـة الإلتـزام بالقيام بعمل (2)، و إن كان بإمكان الغير أن يلتزم بالتعهد بدون أن يتدخل المتعهد بإقناعه بالإلتزام به، كأن يعلم الغير بالتعهد من شخص آخر دون المتعهد.

و يمكن تصنيف هذه الأعمال الى: أعمال مادية و أعمال قانونية و هذه الأخيـرة يمكن أن تكون أعمالا قانونية سيقوم بها الغير أو أعمالا قانونية سيقرها الغير.

1- **إلتزام المتعهد بجعل الغير يقوم بعمل مادي(3):** و مثاله أن يتعهد (أ) بأن (ج) سيقوم ببناء منزل لـ(ب) أو برسم لوحة له أو هدم حائط أو قطع أشجار. هنا التعهـد لا يظهر بمسائله القانونية المجسدة في إقرار الغير و رجعية هذا الإقرار.

1- أنور سلطان، المرجع السابق، صفحة 214.

2- M.STORCK, OP. Cit, page 07.

3- M.STORCK, OP. Cit, page 08.

فأهمية التعهد تظهر عندما يكون متعلقا بتصرف قانوني يلتزم فيه المتعهد بجعل الغير يوافق على الإلتزام به. فالتعهد بجعل الغير يقوم بعمل مادي هو الإستثناء (1) و يمكننا إدراجه ضمن باب المعاملات فتعهد (أ) مثلا بجعل (ج) يقوم بوضع سياج يفصل بين ملكيته و ملكية (ب) يعتبر تدخلا من (أ) للصلح بين (ب) و (ج) و فض النزاع القائم بينهما.

2- الإلتزام المتعهد بجعل الغير يقوم بتصرف قانوني(2):

قد يأتي التعهد كضمان لتصرف رئيسي قد قام به المتعهد و المتعاقد معه مثال: أن يتعهد (أ) لـ (ب) أن البنك سيقوم بإعطائه كفالة تحفيزا له لإبرام الإتفاق الرئيسي.

و قد يتعهد المتعهد بجعل الغير يقوم بتصرف قانوني كأن يتعهد (أ) لـ (ب) بأن يجعل (ج) يقوم بإبرام عقد معين معه و هذا العقد قد يكون عقدا ملزما لجانب واحد: كالتعهد بجعل الغير يهبه عقارا مثلا كما قد يكون هذا العقد عقدا ملزما لجانبين كالتعهد بجعل الغير يقوم بإبرام عقد بيع أو عقد إيجار... الخ.

3- إلتزام المتعهد بجعل الغير يقر تصرفا قانونيا (3):

في هذه الحالة يقوم المتعهد بإبرام عقد لحساب الغير دون أن تكون له سلطة من هذا الأخير و يضيف الى هذا التصرف تعهدا منه بجعل الغير يقر التصرف الذي تم لحسابه بدون سلطة و هذا بحصوله على إقرار هذا الأخير كأن يقوم شركاء ببيع المال المشترك بينهم و يكون أحدهم غائبا فيضيفون لعملية البيع تعهدا عن هذا الشريك الغائب.

و عليه من خلال تصنيفنا لأعمال المتعهد بها عن الغير يتبين أن هذه الأعمال تدخل ضمن طائفة أعمال التصرف و أهم هذه الأعمال عقد البيع بينما أعمال الفضولي و إن كان بإمكانه أن يقوم بأعمال مادية أو قانونية لحساب رب العمل إلا أنها لا تتعدى أعمال التصرف (4). إذن فمجال عمل المتعهد أوسع منه من مجال عمل الفضولي.

1- Jean boulanger these precitee pageđĐ

2- M.STORCK, OP. Cit, page 05.

3- د/ مصطفى الجمال: المرجع السابق صفحة ĎĐČ.

4- M. Vericel ART precite page 124. Jean boulanger these precitee page 11.

الفرع الثالث

التزام المتعهد بتحقيق نتيجة

يظهر أيضا الإختلاف بين المتعهد و الفضولي من حيث طبيعة محل التـزام كـل منهما فالمتعهد كأصل عام ملزم بتحقيق نتيجة.

فبالرجوع الى نص المادة ČčĐ من القانون المدني الجزائري نجد المشرع قد الزم المتعهد بدفع تعويض للمتعاقد معه إذا رفض الغير الإلتزام بالتعهد و هـذا دليـل كـاف لإعتبار التزام المتعهد التزاما بتحقيق نتيجة (č) و ليس مجرد بذل عناية للحصول علـى موافقة الغير.

أما الفضولي فهو ملزم ببذل عناية الشخص العادي عند قيامه بالعمل لحسـاب رب العمل و هذا ما تؤكده المادة čđĐ من القانون المدني الجزائري التي تنص: " يجب علـى الفضولي أن يبذل في القيام بالعمل عناية الشخص العادي و يكون مسؤول عن خطئه".

و تجدر الإشارة هنا الى أنه بإمكان طرفي التعهد الإتفاق على جعل التزام المتعهد يقتصر فقط على بذل العناية لحمل الغير على الإلتزام بالتعهد. و يترتب على ذلك أن عدم حصولهما على موافقة الغير لا يستوجب منه التعويض إلا إذا أثبت المتعهد له خطأ مـن جانب المتعهد أدى الى عدم حصوله على إقرار الغير. فدور المتعهد يقتصـر فـي هـذه الحالة على تقريب وجهات النظر بين كل من المتعهد له و الغير دون أن يقوم أي إلتـزام في جانبه و من الأحكام القضائية التي إعتبرت التزام المتعهد إلتزاما ببذل عناية ما قضت به محكمة النقض المصرية حيث جاء في أحد قراراتها أن: التعهد يقتضي على المتعهد سعيا متواصلا و جهدا مستمرا لكي يدل على حسن نيته في تنفيذ تعهده و أنه كان جـادا فيمـا أخذه على عاتقه و لم يكن هازلا و أنه جاد في سعيه للحصول على هذه الموافقة (Ď).

١- د/ محمد حسين منصور مصادر الإلتزام ص ٣٠٤. د/ عبد الرزاق السنهوري المرجع السابق ج١ صـفحة ٦١٥.
د/ أنور سلطان المرجع السابق صفحة ٢١٣.
٢- د/ علي الدنون ، النظرية العامة للإلتزام مصادر الإلتزام حكم رقم ٨٧ سنة ١٩٥٠ هامش ٨.

و يمكننا الرد هنا على هذا الموقف بأن إعتبار إلتزام المتعهد مجرد إلتـزام ببـذل عناية يقلص من فعالية التعهد عن الغير كنظام قانوني. بحيث يصبح المتعهـد فـي هـذه الحالة بمثابة الناصح و المرشد فقط. إذ من السهل له أن يثبت أنه قام بما وسعه للحصول على موافاة الغير بذلك يتجنب تعويض المتعهد له في حال رفض الغير الإلتزام.

فلكي يكون التعهد عن الغير كنظام قانوني فعال لا بد أن يكون إلتزام المتعهد إلتزام بتحقيق. إلا أننا نرى بإعتبار التعهد إتفاق قائما بين المتعهد و المتعهد له و علـى وجـه الإستثناء فإنه بإمكان طرافاه أن يتفق على جعل إلتزام المتعهد مجرد إلتزام ببذل عنايـة. طبقا للقاعدة القانونية التي تنص على أن " العقد شريعة المتعاقدين ".

و تجدر الإشارة الى أن هناك من ذهب الى إعتبار إلتزام المتعهد إلتزاما بإعطـاء شيء و هو مبلغ التعويض عند عدم موافاة الغير على الإلتزام بالتعهد و بالتـالي التـزام المتعهد إلتزام معلق على شرط واقف هو رفض الغير(1). لكن يمكن الـرد علـى هـذا الموقف أن الغرض من التعهد هو الحصول على موافاة الغير و التعويض النـاتج عـن رفض الغير ما هو إلا نتيجة عدم تنفيذ المتعهد لإلتزامه تجاه المتعاقد معه. فرفض الغيـر هو عنصر أساسي لإلزام المتعهد بالتعويض بينما الشرط الواقف يعد أمرا عارضا(2).

إذن التزام المتعهد هو التزام بتحقيق نتيجة كأصل و الإلتـزام بـذل عنايـة هـو الإستثناء.

1- Jean boulanger these precite page 37.

2)- د/ فريدة زواوي رسالة دكتوراه السابق ذكرها صفحة [illegible].

المبحث الثاني

المتعهد ضامن لالتزام عقدي

يلتزم المتعهد تجاه المتعهد له بضمان الحصول على موافقة الغير مما يقيم بذلك مسؤوليته الشخصية في حال فشله في الحصول على هذه الموافقة.

في هذا المبحث سنحاول معرفة ما إذا كان التزام المتعهد بالضمان مجرد وعد بالتعاقد أم أنه عقد نهائي (المطلب الأول). كما سنحاول معرفة ما إذا كان المتعهد بهذا الضمان عبارة عن كفيل لالتزام المتعهد به خصوصا و أن المادة 114 من القانون المدني الجزائري أجازت له ذلك (المطلب الثاني).

المطلب الأول

مدى إعتبار التعهد عن الغير وعدا بالتعاقد

هذا المطلب يستلزم منا إثبات نية التعهد عن الغير لدى المتعهد (الفرع الأول) و تبيان إرادة طرفي التعهد عن الغير في إبرام عقد نهائي و بالتالي تبيان إرادة طرفي التعهد في إبرام عقد نهائي (الفرع الثاني).

الفرع الأول

إثبات نية التعهد عن الغير

تركت المادة ČČĐ من القانون المدني الجزائري للأشخاص حرية التعبير عن إرادتهم عند التعهد عن الغير و ذلك بعدم إشتراطها شكلية معينة و طبقا للقواعد العامة في التعبير عن الإرادة فإن التعهد عن الغير يمكن أن يكون إما تعهدا صريحا أو تعهدا ضمنيا (č).

č - التعهد الصريح:

تنص المادة č/ĒČ من القانون المدني الجزائري: " التعبير عن الإرادة يكون باللفظ و الكتابة أو بالإشارة المتداولة عرفا. كما يكون بإتخاذ موقف لا يدع أي شكا في دلالته على مقصود صاحبه".

و يتضح لنا من خلال نص هذه المادة أن التعهد عن الغير يكون صريحا عندما يعطي المتعهد لإرادته مظهرا خارجيا بحيث لا يدع أي شكا في نيته في التعاقد عن الغير و المجسدة في الزامة لنفسه بالحصول على موافقة الغير أو التعويض في حال فشله في إقناع الغير بالإلتزام بالتعهد (Č).

و يعد تعهدا صريحا التعهد المفرغ في شكل رسمي (ď) خاصة إذا تعلق الأمر بالتعهد ببيع عقار أو التعهد برهن رسمي. و تعد عملية التوثيق بمثابة دليل رسمي على نية التعهد عن الغير و يكون التعهد صريحا إذا صرح المتعهد للمتعهد له أنه يتعهد عن الغير في عملية معينة كأن يقول له: أبيعك هذا العقار المملوك للقاصر الذي تحت وصايتي و أتعهد لك أنه سيقره عند بلوغه سن الرشد و إذا لم أنجح في ذلك سأعوضك".

كما أن بولونجي يعتبر أن تحديد التعويض في التعهد قرينة قاطعة على أن المتعهد قد أراد من وراء هذا الإلتزام شخصيا إتجاه المتعهد له و الراجع الى عدم وجود وكالة لديه(Đ).

č - عبد الرزاق السنهوري المرجع السابق č صفحة čĒĕ.

2- M SORCK Juris classeur civil precite page 7.
Mazaud OP.cit page 594.

ď- M SORCK Juris classeur civ precite page 07.

4- Jean Boulanger these precite page 47 A 59.

Ď- التعهد الضمني:

تنص المادة Ď/ĒČ مدني جزائري: "........و يجوز أن يكون التعبير عـن الإرادة ضمنيا إذا لم ينص القانون أو الطرفان على أن يكون صريحا".

إذن فالتعهد الضمني يكون بإتخاذ موقف في التعبير عـن الإرادة وفـق مـا هـو منصوص عليه في المادة Ď/ĒČ من القانون المدني الجزائري.

فهو يستخلص من الظروف المحيطة بالمتعاقدين مما يجعل القاضي يتـدخل فـي البحث عن نية المتعهد في إلزامه لنفسه.(č).

و على سبيل المثال إعتبر تعهدا ضمنيا تعامل مؤسسي شركة تجارية لم يتم قيدها في السجل التجاري عند شرائهم الآلات أو المواد الأولية التي تستعملها هذه الشركة بـأن يكونوا ملزمين تجاه المتعاملين معهم بإعتبارهم متعهدين ضمنيا عن الشركة و ليس لهـم الإحتجاج بعدم الوجود القانوني لها (Ď). و هذا ما أخذ به المشرع الجزائري في المـادة ĐĐĕ من القانون التجاري السالف ذكرها.

لكن التعهد الضمني يطرح إشكالا حول إثبات نية التعهد عن الغير لأنه يمكـن أن تتعهد شخص لشخص أخر بأن الغير سيقوم بعمل أو تصـرف لصـالحه دون أن تتجـه إرادته للإلتزام شخصيا إتجاه الموعود له لو سرنا على هذا المنوال لأصبح كل وعد تعهدا و هذا قد يتنافى و النية الحقيقية للشخص الواعد هذا ما قضت به محكمة النقض الفرنسية الأولياء الذين قبلوا هبة عن إبنتيهما القاصرتين متعهدين ضمنيا عنهما(ď).

č- M SORCK Juris op. cite page 07. mazand les obligations page 594.

Ď- tribunal grande instance la seine 2/03/1960 cite par vericel art precite page 124.

3- cass 28 decembre 1926 cite par M SORCK op. cite page 38.

و نرى أن هذا الحكم قد خالƵ المادة čČĎ من االانون المدني الجزاƑري التي تاول أن:" الشاا يفسر لمصلحة المدين"Ŭ و في مثالنا هذا الأولياƇ مدينون فǅŬ بد أن يفسر الشـ اا لمصلحتهم بابولهم الهبة عن االاصرتين بإعتبار التعهد يضع على عاتاهم التزاما.

و عليǆ تفاديا لهذه الإشكاƘŬ في إثباƘ نية التعهد عن الƸير مـن الضـروري أن توجد نية أكيدة للمتعهد في الإلتزام تجاه المتعهد لǆ و بما أن التعهد في ƹالـب الأحيـان يكون مرتبطا مع عاد أكبر و أوسع منǆ مدى فإن إثباƘ هذه النية يكون على عاتƾ المتعهد لǆ بإعتباره الطرƵ الداƑن في التعهد و هذا تطبياا للااعدة االانونية التي تـنص علـى أن البينة على من إدعى "(č).

و بما أن التعهد عن الƸير يشمل التصرفاƘ االانونية و المادية فإن الإثباƘ فيها عن نية التعهد عن الƸير يكون بالرجوƱ الى طرƾ الإثباƘ العامة و هذا حسب نوƱ الإلتـزام المتعهد بǆ سواƇ كان التزاما بالايام بعمل مادي أو تصرƵ قانوني (Ď).

1- Jean Boulanger these precite page 47 – 59.
2- M,SORCK Juris classeur civ, precite page 07.

الفرع الثاني

إتجاه إرادة طرفي التعهد لإبرام عقد نهائي

لقد ذهب جانب من الفقه الى إعتبار التعهد مجرد مشروع عقد معلق على شـرط موافقة الغير حتى يصبح نهائيا. و يتجسد هذا الموقف في نظرية العقد السابق La theorie de l'avant contrat (1) و يرجع أساس هذه النظرية إلى نظرية النيابة الناقصـة أو النيابـة غير المباشرة LA THEORIE DE LA REPRESENTATION IMPARFAITE و التي يتعاقد فيها النائب بإسمه ولحسابه (2).

بالتالي وحسب أنصار هذه النظرية يعد المتعهد بمثابة النائب عن الغير و عنـدما يقوم بالأعمال القانونية تكون إرادته متجهة إلى إلتزامه شخصيا و ينتقل آثار التعهد إلـى ذمة الغير المستفيد النهائي من العملية بمقتضى عقد جديد(3).

و لكن يمكن الرد على هذه النظرية أن إرجاع أساس نظرية العقـد السـابق إلـى نظرية النيابة الناقصة لا يتفق ونية طرفي التعهد. لأن النيابة الناقصة تنظم علاقة داخلية بين كل من النائب والأصيل كما سبق إيضاحه عند التطرق الى تمييز المتعهد عن الوكيل. أما في التعهد عن الغير فليس ثمة علاقة تربط المتعهد بالغير لأن الغير يعد أجنبيا عـن العاقد ولا تنتقل إليه أثار التعهد إلا إذا أقره بنفسه.(4)

و ما يجعلنا أيضا نعتبر أن التعهد عقد نهائي هو عدم إمكانية العدول عنه و وجود إلتزامات متقابلة فيما بين الطرفين قبل أن يتبين موقف الغير منه.

1)- عدم إمكانية العدول عن التعهد:

ينشأ الإتفاق القائم بين المتعهد و المتعهد له والرامي إلى جعل الغير يلتزم به حقا لهذا الغير. و لا يمكن لطرفي التعهد حرمانه منه. فمن أعلن عن إرادته لا يمكنه العـدول عنها.

1- Jean Boulanger these precite page 67 et 68.

٢.الدكتور عبد الحي حجازي.المرجع السابق.ج٢ : صفحة ١٩٥.

٣- M.STORCK.JURIS CLASSEUR.CV .PRECITE PAGE11.

٤.الدكتور علي العدوي أصول الإلتزمات ص ٢٤٤.

إذا توفرƘ شروط صحة التعهد فإنǈ يكون صحيحا منتجا لكل ǝثاره االنونية فـŬ يمكن ناضǈ و Ŭ تعديلǈ بإرادة أحد المتعاقدين و يكونا ملزمين بتنفيذ كل اŬلتزاماƘ التـي تضمنها العاد و بحسن نية (č) وبذلǁ ينشƐ اŬتفاƃ االǞم بـين المتعهـد والمتعهـد لـǈ والرامي إلى إلزام الǤير حاا لهذا الǤيرŬ ويتمثل هذا الحƃ في حƃ الǤير في الإقـرار وŬ يمكن بذلǁ لطرفي التعهد حرمانǈ منǈ Ŭ فمن أعلن عن إرادتǈ Ŭيمكنǈ العدول عنها

وهنا إذ يكون الǤير قد دخل بصفة فعلية في العŬقة العادية التي تمƘ لحسابǈ بـين كل من المتعهد والمتعهد لǈ ونǚرا لكونهما قد نصبا نفسهما فيما رأيـاه مناسـبا للǤيـر فعليهما إذن اŬنتǚار حتى يتبينا موقƻ هذا الǤير من التعهد وبالتالي Ŭ يجوز لهما العدول عنǈ قبل ذلǁ. هذا ما أخذ بǈ االضاƇ الفرنسي الذي يعترƻ بحƃ العـدول عـن التعهـد شريطـة أن يتƋكد طرفا التعهد من أن الǤير Ǥير راǣب في أن يجعل التعهد لحسابǈ وهذا نǚرا لنشوƇ حƃ في ذمتǈ ترتب عن اŬتفاƃ الذي تم لحسابǈ بدون سلطة(Ď).

ونرى أن عدم السماƟ للمتعاقدين بالعدول عن التعهد يعتبر بمثابة جزاƇ لهما حتـى يفكرا جيدا عند تولي شƋن من شƌون الǤير بدون سلطة منǈ وبالتـالي Ŭ تطبـƃ عليهمـا االاعدة التي تاضي بƋن: " العاد شريعة المتعاقدين " و التي تجيز للمتعاقدين تعديل أو فسƤ العاد. وعليǈ فنية الأطراƻ منذ البداية كانƘ تتجǈ إلى إبرام عاد نهاǝي وليƪ مجرد وعد بالتعاقد (ď)

كما أن الواعد بإمكانǈ التحلل من التزامǈ إذا حل أجل الوعد و لم يرد الموعود لـǈ أو يحللǈ من ذلǁ الموعود لǈ نفسǈ(Đ). بينما في نǚام التعهد عن الǤير الأطراƻ قد أعلنوا عن تكوين العادŬ وهو يبدأ منذ اتفاقهما كما أن ليƪ بإمكان المتعهد التحلل مـن التزامـǈ مادام لم يتبين موقƻ الǤير من التعهد نǚرا لدخولǈ في العملية العادية التي تمƘ بدون إذن منǈ.

١-الدكتور على فيلالي. المرجع السابق صفحة ٣٣٦.

٢/-JEAN BOULANGER.THESE PRECITEE PAGE 78

٣)- فريدة زواوي المرجع السابق الصفحة ١٧٢.
٤- د/ علي علي سليمان المرجع السابق ج صفحة ٣١٧.

٢- وجود التزامات متقابلة:

في التعهد عن الغير توجد إلتزامات متقابلة على عاتق كل الطرفين تنشأ قبل إقرار الغير لالتزام المتعهد به فمقابل التزام المتعهد بالحصول على إقرار الغير للتعهد يكون المتعهد له ملزما بالتزامات أهمها (č):

* - التزامه بعدم الاحتجاج بالموقف السلبي للغير.

* - التزامه بعدم الاحتجاج بتعرض الغير.

*** - عدم احتجاج المتعهد له بالموقف السلبي للغير:**

مثال ذلك في عملية بيع بتعهد لعقار مملوك للغير فإنه بإمكان المتعهد إلزام المتعهد له بدفع كامل المبلغ. فهنا المتعهد لا يمكنه أن يحتج بالموقف الاحتمالي للغير ويرفض بذلك دفع كامل المبلغ. بمعنى آخر ليس للمتعهد له أن يمتنع عن دفع مبلغ المبيع بحجة أنه يخاف أن يرفض الغير الالتزام بالتعهد. ويرجع عدم إمكانية احتجاج المتعهد له عن الموقف الاحتمالي للغير في كون أن التعهد عن الغير يعد بمثابة الضمان و يتجسد ذلك في التعويض الذي يدفعه له و الذي يشمل كل ما لحقه من خسارة فاته من ربح. في حالة رفض الغير الالتزام بالتعهد.

وتجدر الإشارة هنا إلى أن التعهد عن الغير في هذه الحالة تطبيق منطقي للقواعد المتعلقة ببيع ملك الغير. بحيث هنا يكون مركز المتعهد له في نفس مركز المشتري الذي يكون على علم أنه يتعامل مع بائع لملك الغير ومع ذلك يجيز العملية مما يؤدي الى سقوط حقه في طلب إبطال العقد وهذا وفق نص المادة ččČ من القانون المدني الجزائري وبتالي يكون على المشتري المجيز تنفيذ التزاماته تجاه البائع.

č/-STORCK.JURIS CLASSEUR. CIV.PAGE 1č

*** - التزام المتعهد بعدم الاحتجاج بتعرض الغير له:**

في التعهد عن الغير لا يكون المتعهد ملزما بضمان التعرض الذي يمكن أن يصدر من الغير باعتباره صاحب الشأن. لأنه كلا من المتعهد والمتعهد له بلجوئهما إلى التعهد قد ألغيا حالهما من هذا الضمان على خلاف العقود المبرمة لحساب الغير.

ففي حالة بيع مال الغير مثلا يكون البائع لمال الغير ملزما بالضمان الكلي تجاه المشتري ضد كل تعرض قد يصدر من المالك الحقيقي ويشمل هذا الضمان: ضمان التعرض وضمان الاستحقاق.

ويرجع عدم الاحتجاج من تعرض الغير في نظام التعهد إلى أن المتعهد له عند تعاقده مع المتعهد كان على علم أن هذا الأخير يتصرف لحساب الغير بدون سلطة. كما أن تحديد التعويض لا دلالة كافية على أن المتعهد له بإمكانه أن يتضرر من تعاقده مع شخص ليس له السلطة و عليه إذا تعرض الغير للمتعهد له فعلى هذا الأخير أن يدفع للمتعهد كل ما عليه بالرغم من وجود تعرض من الغير. كما أنه بإمكان المتعهد إلزام المتعهد له بدفع كل ما عليه قبل حصوله على إقرار الغير وإذا رفض يكون بإمكان المتعهد طلب فسخ الاتفاق لأن المتعهد له في هذه الحالة يعتبر مخلا بالتزامه التعاقدي. (1).

1..STORCK.JURIS CLASSEUR. CIV.PAGE 11

المطلب الثاني
مدى إعتبار المتعهد كفيلا

- بالرجوع الى نص المادة ĉĉĐ من القانون المدني الجزائري نجد المشرع قد أجاز للمتعهد تنفيذ الإلتزام المتعهد به في حالة رفض الغير و هذا تجنبا للتعويض الذي يكون ملزما به في الأصل، مما ذهب بالبعض الى إعتبار المتعهد كفيلا (ĉ) فما مدى صحة ذلك.

للإجابة عن السؤال المطروح أعلاه يستوجب منا مقارنة أسس قيام التعهد و الآثار المترتبة عليه بتلك التي تترتب على الكفالة.

أولا: تبرم الكفالة عموما من أجل ضمان تنفيذ المدين للإلتزامه. بينما في النظام التعهد عن الغير المتعهد يلتزم بجعل الغير يقر و يقوم بتصرف قانوني معين.

كما أنه برجوعنا الى نص المادة ĒĐĐ من القانون المدني الجزائري الكفيل يضمن تنفيذ إلتزام موجود أو سوف يوجد في المستقبل إذا إقتضى الأمر بنفس الإلتزام الذي يتحمله المدين، فالكفيل إذن ملزم بتنفيذ الإلتزام عندما لا يقوم به المدين الأصلي (Ď).

بينما يكفل المتعهد إلتزاما لم يوجد بعد و المتمثل في وجوب حصوله على إقرار الغير و في حالة إمتناع الغير يطالب المتعهد بتعويض يدفعه للمتعهد له إذ ليس ثمة علاقة تربط الغير به.

ثانيا: يقوم إلتزام الكفيل بصفة تبعية فالقانون خول له دفوعا إذا لم يكن متضامنا مع المدين الأصلي منها: الدفع بالتجريد أو الرجوع على المدين أولا، كما بإمكانه التمسك بنفس دفوع المدين الأصلي (ď).

١- د/ أمحمدي سليمان ، محاضرات في الكفالة سنة ١٩٩٦م صفحة ٠٩.
٢- د/ عبد السيد أحمد عبد الله المرجع السابق صفحة ١٧٠.
٣- د/ عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق ج ١٠ الكفالة صفحة ٩٨.

بينما يāوم التزام المتعهد بصفة أصلية و ليΣ لﷲ الحǩ في الدفع بـالرجوϒ علـى الغير الذي يعد أجنبيا عن التعهد.

ﺜﺎﻟﺜﺎ: بالرجوϒ الى نص المادة ččĐ قانون مدني جزاﺋري نجد المشرϒ لم يحـدد شكŬ معين للتعهد مما يمكنﷲ أن يكون إما تعهدا صريحا و إما تعهدا ضمنيا يستخلص من الŮروƧ المحيطة بالمتعهد.

بينما الāانون في نŮام الكفالة Ŭ يسمƠ لنا بإفتراضها فŬ بـد مـن الـنص عليهـا صراحة (č) و هذا نŮرا لما يترتب عنها من Ơثار قانونية بالغة الأهمية على الذمة المالية للكفيل.

رابعا: يستطيع المتعهد التخلص من التعويƯ إذا قام هو نفسﷲ بتنفيذ ما التزم بـﷲ و يعد هذا جوازيا حسب ما نصƘ عليﷲ المادة č/ččĐ من الāانون المدني الجزاﺋري Ŭ لأن التزام المتعهد هو التزام بدلي Ŭ يجوز إجباره على تنفيذه عينا (Ď). بينما في نŮام الكفالة الكفيل Ŭ يمكنﷲ التهرب من تنفيذ الإلتزام الأصلي في حال عدم تنفيذه من طرƧ المـدين الأصلي خصوصا إذا كانا متضامنين إŬ أنﷲ بإمكان كل من المتعهد و المتعهد لﷲ على أن يتفāا على أن يحتفŮ الأول لنفسﷲ بتنفيذ الإلتزام المتعهد بﷲ في حالة رفƯ الغيـر و هـذا طبعا إذا لم يكن متعلāا بشخص الغير.

فبضمان المتعهد تنفيذ الإلتزام المتعهد بﷲ عينا يصبƠ بنفΣ مرتبة الكفيل في كونهما يشتركان في صفة واحدة و هي صفة ضمان تنفيذ الإلتزام. إŬ أنﷲ يبāى كـŬ النŮـامين مختلفين.

فبالرجوϒ الى التشريع الجزاﺋري نجد المشرϒ الجزاﺋري قد أورد مثـاŬ تطبيāيـا يربط بين الكفالة و التعهد عن الغير و ذلǁ في حالة كفالة المدين بسبب نāص أهليتﷲ.

١- د/ عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق ج ١ صفحة ٦٢٤.

Ď- jean b boulanger; these precite page .

فمن المفروض و نظرا لصفة التبعية التي تتمتع بها الكفالة أن تتبع الدين الأصلي في وجوده أو إنعدامه. إلا أنه في كفالة المدين بسبب نقص أهليته إذا تمسك ناقص الأهلية بنقص أهليته و أبطل العقد لمصلحته فإن الكفيل يبقى ملزما بصفة أصلية لأنه يعتبر متعهدا بضمان الوفاء بالعقد (č).

هذا ما نصت عليه المادة ĒĐĕ من القانون المدني الجزائري التي تقول:" من كفل إلتزام ناقص الأهلية و كانت الكفالة بسبب نقص الأهلية، كان ملزما بتنفيذ الإلتزام إذا لم ينفذه المدين المكفول بإستثناء الحالة المنصوص عليها في المادة ĒđĐ /Ď".

و تنص المادة ĒđĐ من القانون المدني الجزائري على ما يلي:" يبرأ الكفيل بمجرد براءة المدين و له أن يتمسك بجميع الأوجه التي يحتج بها المدين".

و يفسر موقف الكفيل في هذه الحالة - كفالة المدين بسبب نقص أهليته - أنه متعهد عن المدين بحيث لا يستطيع أن يتمسك بنقص أهلية المدين لطلب إبطال العقد و إلا اعتبر مخلا بالتزامه و يكون وفق المادة ččĐ من القانون المدني الجزائري ملزما بالتعويض (Ď).

و يمكن القول في هذه الحالة أن كفالة المدين بسبب نقص أهليته لها أثر مزدوج (ď):

č- فهي كفالة إذا لم يقم المدين الأصلي بطلب إبطال العقد.

Ď- و هي تعهد عن المدين القاصر إذا قام هذا الأخير بالإحتجاج بنقص أهليته و يطلب بذلك إبطال العقد الأصلي.

و هنا نرى أن يكون الشخص مسؤولا و متبوعا من قبل الدائن ككفيل لا كمتعهد و يرجع هذا طبعا الى طبيعة الإلتزام الواقع على عاتق كل منهما.

1- M/ STORCK , Juris classeur civil precite page 11.

Ď- د/ أمحمدي سليمان، محاضرات في الكفالة صفحة čĔ.

ď- M/ STORCK , o p cite page ČĒ.

و عليǁ يمكننا أن نااول في الأخير أن التعهد عن الغير يشترǁ مع الكفالة في صفة الضمان. غير أنǁ عاد ضمان تحايǅ نتيجة بينما الكفالة فهي من عاـود ضـمان تنفيـذ الإلتزام الأصلي.

و مما تادم نحن نرى أن التعهد عن الغير نǱام مستال عن باقي الأنǱمة الاانونيـة المشابهة لǁ و إن كان يتضمن بعǑ نااط التشابǁ كما سبǅ بيانǁ.

فالمتعهد يتعاقد بإسمǁ و للحصول على إقرار الغير فهو يتعامل كǱصيل مـع عاـم المتعهد لǁ بذلǁ و بالتالي ليƩ ناƑبا و Ů فضوليا و هو ملزم بإيجاد الإلتزام و ليƩ بضمان تنفيذه و بالتالي ليƩ كفيŮ.

و إذا إعتبر الشخص متعهدا و ناƑبا أو متعهدا و فضوليا أو متعهدا و كفـيŮ ذلـǁ لأنǁ يجمع بين شروط النǱامين معا و إن كنا نرى أن هناǁ نيابة مفترضة لأن المتعهـد ينوب عن الغير في شǾن من شǾونǁ مع يااينǁ أن الغير سيار التعهد.

كما أن نǱام التعهد يااترب أكثر من نǱام الفضالة غير أن التعهد يشـمل إلتزامـا شخصيا من المتعهد تجاه المتعهد لǁ. لكن رغم كل هذه المŮحǱاƘ يباى التعهـد نǱامـا قاƑما بذاتǁ لǁ مااوماتǁ و ǔثاره الاانونية الخاصة بǁ مثلǁ مثل الأنǱمة الأخرى.

الفصل الثاني

التعهد نظام قائم بذاته

التعهد عن الغير باعتباره اتفاقا يبرم لحساب الغير بدون سلطة مسبقة فيمكنه أن يتخذ إحدى الصورتين:

الصورة الأولى: قد يكون التعهد عن الغير اتفاقا مستقلا بذاته يلتزم بمقتضاه المتعهد قبل المتعهد له بأن شخص آخر سيلتزم بإبرام عقد معين معه. وتتحقق هذه الصورة مثلا كأن يلتزم المتعهد تجاه المتعهد له بأن يجعل المتعهد عنه يقوم ببيع محصوله أو أن يؤجر له مسكنا.

و مثاله أيضا أن تتعهد بلدية معينة لطبيب بأن تجعل سكانها يعالجون عنده مقابل العمل لديها.

الصورة الثانية: كما قد يكون التعهد عن الغير عقدا تبعيا لعقد رئيسي وهنا المتعهد يقوم بإبرام عقد لحساب الغير و يضيف تجاه المتعهد له بأن الغير سيقوم بإقراره. و مثاله أيضا أن يقوم المتعهد بإيجار منزل الغير و يتعهد عنه أنه سيقر هذه العملية.

لكن بالرغم من أن موضوع التعهد هو جعل الغير يلتزم بالإلتزام المتعهد به إلا أن الفقه قد إختلف حول تحديد دور تعبير الغير عن إرادته بالإلتزام بالعقد المذكور مما أدى الى إنقسامه إلى فريقين. و بالتالي يستلزم منا الأمر في هذا الفصل الى دراسة التعهد عن الغير كنظام مستقل بذاته من خلال مبحثين:

المبحث الأول: ندرس فيه القيمة القانونية للتعهد عن الغير (دور تعبير الغير في التعهد عن الغير).

المبحث الثاني: نتعرض فيه الى أثر تعبير الغير في التعهد عن الغير.

المبحث الأول

القيمة القانونية للتعهد عن الغير قبل موافقة الغير

تظهر أهمية التعهد عن الغير من خلال ارتباطه بعقد آخر أوسع منه نطاقا. فالتعهد عن الغير من النادر إيجاده بصفة مستقلة عن تصرف آخر.

و الإشكال الذي يطرح في التعهد عن الغير هنا هو القيمة القانونية لهذا التصرف لأنه بتحديدها يمكن إظهار دور تعبير الغير و يرجع كل هذا نظرا لغياب السلطة لدى المتعهد مما يجعل مصير مثل هذا التصرف متوقفا على الموقف الذي سيتخذه الغير والذي له كامل الحرية في الإقرار أو عدمه. فهل هذا يعني أن التعهد كإتفاق يبقى جامدا حتى يتم إقراره من قبل الغير؟ و التسليم بهذا الفرض يطرح لنا إشكالا آخر حول فائدة إبرام إتفاق لا ينتج أي أثر قبل إقرار الغير له؟.

لكن يمكن الإجابة عن هذا الإشكال بالرجوع الى الواقع. فقد أثبت الإجتهاد القضائي أنه هناك بعض الآثار القانونية التي تنتج عن إبرام التعهد منها أن يحوز مثلا المتعهد له في حالة بيع بتعهد على الشيء المتعهد به دون انتظار إقرار الغير.(1)

فلهذه الأسباب اختلف الفقه حول تحديد قيمة التعهد قبل إقرار الغير له و بالأحرى حول دور تعبير الغير في التعهد فهناك من اعتبره إيجابا موجها إلى الغير وبالتالي تكون موافقة الغير قبولا. وهذا الجانب من الفقه يمثل التيار التقليدي (المطلب الأول) وهناك من اعتبر موافقة الغير إقرارا له ويمثل هذا الجانب من الفقه التيار الحديث (المطلب الثاني).

و هنا يظهر دورنا في إبراز هذا الدور و إبراز الحالات التي يمكن من خلالها إعتبار التعهد إيجابا موجها الى الغير و الحالات التي يمكن الإعتبار فيها أن إلتزام الغير يكون بمقتضى التعهد و موافقته ما هي إلا إقرارا له.

1- jean boulanger; these precite page 167.

المطلب الأول

نظرية الإيجاب

يظهر موقف الفقه التقليدي حول دور تعبير الغير في التعهد عن الغير من خـلال نظرية الإيجاب (النظرية التقليدية) التي تعتبر موافقة الغير قبولا لإيجاب سابق و أن الغير يلتزم بمقتضى عقد جديد من حيث الأطراف و الإلتزامات و وقت الإبرام(1).

الفرع الأول

موافقة الغير قبول للتعهد

تعد نظرية الإيجاب من اقدم النظريات المقترحة من قبل الفقه التقليدي و اعتبـر أنصارها أن التعهد ما هو إلا إيجاب موجه إلى الغير فالاتفاق المبرم بين المتعهد والمتعهد له يعد مجرد عرض يقدم للغير و ما موافقة الغير إلا قبولا لهـذا الإيجاب و يعـد وقت القبول هو الوقت الذي يتم فيه إنشاء العقد.(2)

ويرجع أساس نظرية الإيجاب إلى فكرة النيابة التي تشتمل على إيجاب موجه مـن النائب إلى المتعاقد معه لأن إرادته هي التي تكون محل اعتبار. و بتطبيق فكرة النيابـة يكون المتعهد بمثابة النائب عن الغير و يعتبر مصدر الإيجاب(التعهد) إلى المتعهد عنـه فما مدى صحة ذلك.

نحن نعلم أن المتعهد هو الذي وضع الأسس اللازمة في الاتفاق بإعتباره متعهـدا عن الغير بدون سلطة من أجل تولي شؤون من شؤونه نظرا لغيابه أو نظرا لكونـه غيـر قادر على التصرف لوحده، مما يدفعنا الى إعتباره مصدر الإيجاب للغير.

لكن هذا لا يتفق ونية الأطراف ويرجع ذلك لكون أن المتعهد تدخل لما رآه صالحا للغير و المتعهد له هو الراغب في إقامة علاقة مع الغير و بذلك لا يمكن إعتبار المتعهـد صاحب الإيجاب خصوصا في الحالة التي يكون فيها هذا المتعهد أجنبيا عن المال المشار إليه إذ لا يمكنه في هذه الحالة جعل العملية لحسابه (3).

1- د/ عبد الحي حجازي – المرجع السابق الصفحة: 219 - 220.

د/ عبد الرزاق السنهوري المرجع السابق صفحة: 619 – 620.

2- jean boulanger. These precitee page 68.- M/ STORCK , Juris classeur civil precite page 10.

3 - Jean boulanger These precitee page 69.

تبنى لنا فرضية إعتبار التعهد إيجابا موجها من المتعهد له إلى الغير و هـذا مـا استقر عليه الفقه العربي بصفة عامة و المشرع الجزائري بصفة خاصة (č).

و يعد هذا الرأي الأقرب إلى المنطق لأن المتعهد له هو الطرف المشـترط فـي التعهد عن الغير لأنه يرغب في الارتباط مع الغير و في إقامة علاقة قانونية معه فـي حالة ما إذا أقرر الالتزام المتعهد به.

و هنا يظهر المتعهد كوسيط بين الغير والمتعهد له فيتمثل دوره في مجرد وضـع الغير على علم بالعملية التي تمت لحسابه. وباعتبار التعهد عن الغير اتفاقـا قائمـا بـين المتعهد والمتعهد له إيجابا موجها إلى الغير فإن إلتزام هذا الأخير ينشأ في الوقت الـذي يقبل فيه الالتزام بالتعهد و هذا يؤكد عدم خروج التعهد عن الغير عن مبدأ نسـبية أثـار العقد.

وينتج عن هذا القبول التزام المتعهد عنه من عقد جديد فالأثر الهام لقبـول الغيـر طبقا لما هو سائد في الفقه هو نشوء عقد جديد يربط بين الغير و المتعهد له و هـذا مـا قضت به محكمة النقض المصرية بحيث إعتبرت: العقد الحاصل بين المتعهد و المتعهد له بمثابة إيجاب معروض على الغير فإذا قبل الغير التعهد فقد لاقي الإيجاب قبولا و يتم عقد جديد غير العقد الذي تم أولا بين الطرفين" (Ď).

وعليه في نظام التعهد عن الغير و وفق نظرية الإيجاب نكون أمام عقدين مختلفين ومتعاقدين من حيث الأطراف الالتزامات وتاريخ الإبرام. (ď).

---

١. د.محمد حسين منصور. المرجع السابق صفحة ďČĐ.

د.عبد الرزاق السنهوري المرجع السابق. صفحة ĒĎĎ.

Ď- د/ محمد علي البدوي المرجع السابق صفحة ĎČČ نقض مدني đ-Ď čĕēĎ مجلة المحكمة العليا مـن ĕ عدد č čĕēĎ ص ďĐ.

ď- عبد المنعم فرج الصدة. المرجع السابق صفحة ĐČē

الƂرع الƙاني

التزام الƺير بمقتضǍ عقد جديد

يترتب عن تطبيƼ نƴرية الإيجاب (نƴرية الإتفاقين) أن يلتزم الƺير بمƾتضى عƾد جديد من حيƚ الأطراƻ الإلتزاماƘ و وقƪ الإبرام.

١ - من حيث الأطراف: نجد في نƴام التعهد عن الƺير ثƜثة أطراƻ وهم كل من: المتعهد والمتعهد لƌ والمتعهد عنƌ.

فعند إبرام التعهد عن الƺير كمرحلة أولى تƾام عƜقة قانونية بين كل من المتعهـد والمتعهد لƌ و التي يكون المتعهد فيها الطرƻ المدين بـاƛلتزام المتمثـل فـي التزامـƌ بالحصول على موافاة الƺير. وإذا ما فشل بذلƃ تƾام مسƌوليتƌ الشخصية التي تتجسد بدفع تعويƯ للمتعهد لƌ وهذا ما تƌكده المادة č/ččĐ من الƾانون المدني الجزاƏري.

و أما المرحلة الثانية في نƴام التعهد عن الƺير فتبدأ منذ لحƴة قبول الƺير للتعهدƘ بحيƚ تنشƋ عƜقة قانونية جديدة بين كل من المتعهد لƌ والمتعهد عنƌ ويƜحƴ أن المتعهـد لƌ هو الطرƻ المشترƃ ويعد هذا شيƑ منطƾي. بإعتبار أن التعهد قد تـم منـذ البدايـة لصالحƌ.

٢- من حيث اƛلتزامات:

يتمثل محل اƛلتزام في التعهد في المرحلة الأولى من إنعƾاده بين المتعهد و المتعهد لƌ في التزام المتعهد تجاه المتعهد لƌ بالƾيام بعملƘ يشتمل على التزامƌ بالحصـول علـى موافاة الƺير لƜلتزام بƌ. فهو إذن ملزم بإيجاد اƛلتزام. (č) وعدم توصلƌ إلـى النتيجـة المتفƼ عليها تجعلƌ مخƜ بالتزامƌ التعاقدي مما يƌدي إلى قيام مسƌوليتƌ الشخصية وفـƼ المادة č/ččĐ من الƾانون المدني الجزاƏري.

č - عبد السيد أحمد عبد الله. نƴرية العƾد ص Ďēč. د/ عبد المنعم فرلƜ الصدة المرجع السابƼ ص đďč.

- ALBERT JEAN DARMON - DICTIONNAIRE JURIDIQUE ET CONTRACTUEL DES AFFAIRES ET PROJETS- LA PROMESSE DE PORTE- FORT- COPYRIGHT 2002.
- SERGE BRAUDO- DICTIONNAIRE DU DROIT PRIVE- PORTE- FORT (CLAUSE DE).

و عليه فإن التزامه يتوقف منذ لحظة قبول هذا الغير وبالتالي فهو غير ملزم بضمان تنفيذه (١) و يعتبر أن المتعهد قد نفذ إلتزامه بمجرد قبول الغير للتعهد حتى و لم ينفذه هذا الغير فيما بعد. فلا يمكن أن يكون المتعهد ضامنا لتنفيذ التعهد إلا إذا وجد نص صريح على ذلك (٢).

أما بالنسبة للعقد الثاني الجديد الذي نشأ عن قبول الغير فإن محل التزامه تختلف طبيعته عن محل التزام العقد الأول فقد يكون التزام الغير التزاما بالقيام بعمل مادي كالتزامه برسم لوحة أو بناء حائط أو القيام بتصرف قانوني كموافقته على إبرام عقد بيع أو عقد إيجار أو عقد هبة ...إلخ. فمحل العقد الثاني يتحدد حسب الغرض الذي يهدف إليه المتعهد والمتعهد له عند إبرامهما التعهد لحساب هذا الغير. (٣).

و يتضح مما تقدم أن العقد الأول الذي تم بين المتعهد و المتعهد له لا يلزم الغير بشيء و أن التزام هذا الأخير " الغير" إنما يكون بمقتضى العقد الثاني الذي ينشأ على إثر قبوله الإلتزام بالتعهد. و بذلك يكون التعهد عن الغير كما قلنا تطبيقا لمبدأ نسبية آثار العقد.(٤).

٣- من حيث وقت الإبرام:

تطبيقا للقواعد العامة المتعلقة بإبرام العقود فإن التعهد عن الغير كأي عقد آخر ينعقد بمجرد تطابق إرادة طرفيه و الغير يعد أجنبيا عنه فهو حر في الموافقة أو الرفض.

لكن لحظة قبوله الإلتزام بالتعهد تعتبر اللحظة التي ينشأ فيها العقد الجديد الذي يلتزم بمقتضاه المتعهد عنه تجاه المتعهد له. و لا يكون لهذا القبول أثر رجعي إلا إذا تبين صراحة أو ضمنيا من إرادة الغير أن يسند أثر قبوله إلى الوقت الذي صدر فيه التعهد.

١- عبد الرزاق السنهوري المرجع السابق ج ١ ص ٦٢٠.

٢-JEAN BOULANGER.THESE PRECITEE PAGE 36٢

٣- د. محمد حسين منصور.المرجع السابق الصفحة ٣٠٥

٤- عبد المنعم فرج الصدة المرجع السابق ص ٥٥٢.

هذا ما تؤكده المادة ĐčĎ فارة Ď من الاانون المدني الجزاﺋري باولها: " أما إذا قبل الغير هذا التعهد فإن قبوله لا ينتج أثرا إلا من وقت صدوره ما لم يتبـين أنـه قصـد صراحة أو ضمنيا أن يستند أثر الابول إلى الوقت الذي صدر فيه التعهد.".

الفرع الثالث: موقف المشرع الجزائري لنظرية الإيجاب:

و واضح من صياغة نص هذه المادة أنه يتماشى مع نظرية الإيجـاب إذ يعتبـر تعبير الغير بالموافاة على الإلتزام المتعهد به قبولا لإيجاب موجه اليه لكنه يخـرج عـن منطق هذا الإتجاه. فمنطق نظرية الإيجاب ياضي أنه بما أننا بصدد عاد جديد تولد عـن إيجاب موجه من المتعهد له الى الغير (č) فإن أثار إبرامه لا تبدأ إلا من وقـت صـدور قبول الغير.

فحسب نص المادة ĐčĎ فإن التعهد عن الغير سواء كان مـرتبط بعاـد أو كـان مستالا بذاته تكون موافاة الغير فيه قبولا له و هذا الابول يكون له أثر رجعي الـى يـوم إنعااده. كما لو تعلق الأمر بعملية بيع عاار لااصر من طرف وليه متعهدا عنه أنه سـيار البيع عند بلوغه سن الرشد. فإذا قبل الااصر الالتزام بالبيع يفهم ضمنيا أنه قد أراد إسناد أثار قبوله إلى وقت إبرام التعهد لحسابه.

هنا موافاة الااصر هي إقرار له وليست قبولا لأننا أمام عاد بيع ماترن بتعهد قد تم إبرامه بالفعل و لا يناصه سوى عنصر الإقرار. هذا بخلاف ما إذا تعهد شخص لشخص آخر بأن ياوم الغير ببيعه محصول قمح الموسم الاادم أو ببيعه سيارته مثلا. فإن موافـاة الغير هنا تعد قبولا إذ نحن أمام تعهد مستال بذاته و ليس هنا عاد إبرام بالفعل حتى ياره الغير فالتزام الغير في المثال الأخير يكون بماتضى عاد جديد.

وبذلك يكون من المنطاي أن يكون لإقرار الااصر أثر رجعي بينما الاول بـالأثر الرجعي للابول خصوصا إذا كان التعهد قاﺋما بذاته يتنافى وطبيعته الاانونية التي لا تابـل وجود أثر رجعي له في الأصل لأن الاول بالأثر رجعي للابول يعني أن تعود أثار العاـد إلى ما قبل وجوده(Ď).

č- مصطفى الجمال المرجع السابق صفحة Ďďĕ.

Ď- د/ وحيد الدين سوار المرجع السابق له č ن ص ĔēĒ - Ěēē

- فريدة زواوي رسالة دكتوراه السالف ذكرها صفحة čēĎ.

كما يجب الإشارة إلى أنǆ من خǗل نص المادة ĉĉĐ من القانون المدني الجزائري نجد المشرŸ قد جعل Ŧثار العقد الجديد تنشƋ من وقK صدور القبول عن الغيرÜ وهذا فيـǆ خروǯ عن القواعد العامة التي تقضي بƋن إنعقاد العقد يتم من وقK علم الموجب بـالقبول وليΣ من وقK صدوره وهذا ما قضK بǆ المادة Ēĉ مـن القـانون المـدني الجزائـري بنصها: " ينتƲ التعبير عن الإرادة أثره في الوقK الذي يتصل فيǆÜ بعلم من وجـǆ إليـǆÜ ويعتبر وصول التعبير قرينة على العلم بǆ ما لم يقم الدليل على عكΣ ذلك".

المطلب الثاني
نظرية العقد الواحد

موقƂ الفقǆ الحديƚ حول تحديد وتكييفية تعبير الغير يتجسد في إعتباره التزام الغير و التعهد عن الغير عقدا واحدا (الفرŸ الأول) و موافقة الغير ما هي إلا إقرار لǆ (الفـرŸ الثاني).

الفرع الأول
إلتزام الغير بمقتضى التعهد

حسب الفقǆ الفرنسي الحديƚ المجسد في نظرية العقد الواحد أو نظرية العقد التـام و موقƂ القضاء الفرنسيÜ فإن التعهد عن الغير عقد تام و بالتالي يكـون إلتـزام الغيـر بمقتضى التعهد و ليΣ بمقتضى عقد جديد. و من بين الفقهاء الذين دافعـوا عـن هـذه النظرية الفقيǆ M.PILAN إذ اعتبر أن الإقرار ليΣ عنصرا هاما في تكوين العقد بـل أنـǆ يدعم فقط عقد موجود إذ أنǆ هناك مجرد عدم تƋكد فيما يخص معرفة إذ كان هـذا العقـد سينتƲ أو لا ينتƲ أثاره في ذمة الغير (ĉ).

ĉ- M.PILON. CITE PAR JEAN BOULANGET THESE PRECITEE PAGE 8

Il ya seulement une incertitude sur le point de savoir si ce contrat produira ses effets dans le patrimoine du representé (ici le tier ou nom pour le quel on s'est porté fort…”).

وعليه حسب أنصار هذا الرأي فإننا أمام عقد واحد وليس أمام عقدين مثلما قال به أنصار نظرية الإيجاب، وفي هذا العقد يظهر المتعهد متولي لشؤون الغير، وموافقة الغير هنا تعتبر إقرارا لما تم لحسابه بدون سلطة، ونظرا للأثر الرجعي للإقرار الراجع لطبيعته القانونية يصبح المتعهد عنه طرفا في التعهد منذ إبرامه لحسابه وهذا إذا تبين صراحة أو ضمنيا من إرادة هذا الغير أنه قد أراد إسناد أثار إقراره إلى يوم إبرام التعهد، فهنا المتعهد يظهر حسب أنصار هذه النظرية بمثابة الفضولي.(1)

ويرجع أساس هذه النظرية إلى النيابة بصفة عامة و الفضالة بصفة خاصة وهنا يتقارب موقف المتعهد وموقف النائب المجاوز لحدود السلطة المخولة له و الذي يتعهد بأنه سيحصل على إقرار من الأصيل للتصرف الذي قام به خارج حدود السلطة (2).

و بالتالي نحن هنا أمام إعلان المتعهد عن إرادته بالتزامه باسمه وبإلزامه لنفسه تجاه المتعاقد معه و بالحصول على إقرار صاحب الشأن، وفي هذه الحالة تصطدم هذه الإرادة مع حرية هذا الغير في الموافقة على ما تم لحسابه بدون سلطة أو تجاوزا للسلطة. فإرادة المتعهد تحتاج إلى إرادة الغير اللاحقة لتدعمها، وكون أن هذه الإرادة إرادة محتملة دفع البعض الى إعتبار العقد الذي يلتزم من خلاله الغير عقدا احتماليا.(3) والاحتمال هنا يتعلق في الإقرار أو عدمه. إذن نحن أمام استحالة مادية تتمثل في إعلان الغير عن إرادته سواء بالسلب أو بالإيجاب(4).

نرى أن هذا الاحتمال هو الذي جعل المتعهد يلتزم شخصيا اتجاه المتعهد له بالتعويض، وهنا تظهر خاصية الضمان التي يتميز بها التعهد و المجسدة في دفع المتعهد تعويضا للمتعهد له في حال رفض الغير الإلتزام به.

1- الدكتور محمد علي البداوي.ج١ مصادر الالتزامات صفحة ٢٠١.
٢- د/ عبد الحي حجازي المرجع السابق ج ٢ صفحة ٢١٩ ، ٢٢٠.
٣- وحيد الدين سوار. المرجع السابق صفحة ٢٩٦.

4/- JEAN BOULANGER. THESE PRECITEE PAGE 78 A81

لكن رغم كل هذه المحاولات نحن أمام إرادتيين إرادة المتعهد التي تحتاج إلـى دعم من إرادة الغير حتى تكون منتجة لكل آثارها وإرادة المتعهد له المنتجة لآثارها فورا. وبالتالي فنحن أمام عقد يشمل كل عناصره بغض النظر عن إرادة المتعهـد التـي تفتقـد للسلطة اللازمة لذلك و يظهر بذلك الإقرار كعنصر مدعم للعقد وليس كشـرط لصـحته أو شرطا لوجوده.

و بتطبيقنا لنظرية العقد التام فإننا نستخلص النتائج التالية:

*- الاتفـاق القائم بين شخص ليس له سلطة النيابـة عـن الغيـر " المتعهـد" أو شخص آخر "المتعهد له" ليس باتفاق باطل وهذا قياسا على حالة النائب المجاوز لحدود سلطته حيث لا يعتبر تصرفه تصرفا قابلا للإبطال أو باطلا بطلانا مطلقا وعليه:

فالتعهد عن الغير ليس تصرفا باطلا بطلانا مطلقا لأن إقرار الغير يمكن أن يدعمه لاحقا ويصبح منتجا لكل آثاره القانونية كما لو كان وكيلا متصرفا لحساب الأصيل وهـذا ما يفتقد إليه التصرف الباطل بطلانا مطلقا. كما أنه ليس بعقد قابل للإبطال لأن القابليـة للإبطال كما نعلم تكون بسبب وجود عيب من عيوب الإرادة التي تشوبها والمذكورة قانونا على سبيل الحصر وهي الإكراه و الاستغلال و الغلط و التدليس. بينما التعهد عن الغيـر ففيه غياب للسلطة لدى المتعهد والذي يجعل للغير كامل الحرية في الإقرار.

*- و وجود التزامات على عاتق أطراف التعهد دليل على صحته (1) أهمها كمـا سبق الإشارة إليه التزام المتعهد بجعل الغير يقر الالتزام بالتعهـد والتـزام المتعهـد لـه بالمقابل بعدم الاحتجاج بالموقف الاحتمالي للغير أو الاحتجاج بتعرض الغير له.

*- كما أنه قد يحدث أيضا أن تنتج بعض الآثار القانونية فـي المرحلـة السـابقة للإقرار منها كانتقال الملكية في حالة عملية بيع بتعهد ونحن نعلم أن انتقال الملكية يعـد من أهم الآثار الناتجة عن نشوء عقد صحيح وتام.

č- M.STORCK. J.C .CIV. PAGE 11

هذا ما قررته محكمة النقض الفرنسية عندما قضت أن: التصرف الذي قام به الأب باكتساب عقار لحساب ابنتيه القاصرتين، متعهدا عنهما أنهما ستقرانه عند بلوغهما سن الرشد، هو تصرف صحيح ينتج عنه الانتقال الفوري لملكية العقار من ذمة المؤسسة البائعة إلى ذمة البنتين دون إنتظار إقرارهما(č).

و في رأينا قضاء محكمة النقض الفرنسية بإنتقال الملكية إلى القاصرتين يرجع بالدرجة الأولى إلى أن هذا التصرف يعود بالفائدة على ذمتهما. وبالتالي فهو من التصرفات النافعة نفعا محضا لهما و بالتالي يكون هذا القرار قد طبق القواعد العامة للقانون لما يراه مناسبا للقاصرتين.

و لو نظرنا إلى التعهد عن الغير من ناحية أنه عقد، نجده مستوفيا لكل الأركان اللازمة في العقود بصفة عامة من رضى (إرادة المتعهد و إرادة المتعهد له) و محل (إلتزام المتعهد بالحصول على إقرار الغير) و سبب (حسب غاية إبرامه) و عليه يعتبر التعهد عقدا تاما.

لكن ما تجدر الإشارة إليه من خلال المسائل التي جعلتنا نقول أن التعهد عقد تام، هو أن هذه الصفة " صفة التمام " تقتصر على أطرافه فقط دون الغير، الذي يبقى أجنبيا عنه حتى يقره.

وبعبارة أخرى، نرى أن التعهد عقد تام فيما يخص كل من المتعهد والمتعهد له لأن كل منهما ملزم بالتزامات تجاه الأخر، فالتعهد يكون منتجا لكل آثاره القانونية بالنسبة لهما، لكن بالرجوع إلى الغاية التي إنعقد من أجلها نجد أن آثاره محدودة. لأن إرادة كل من المتعهد والمتعهد له إتجهت من أجل إنشاء علاقة قانونية ما بين كل من المتعهد له والغير ونظرا لغياب السلطة لدى المتعهد للتصرف لحساب هذا الغير فإن لهذا الغير كامل الحرية في الالتزام بالتعهد أو عدم الإلتزام به، مما يجعل الغاية المرجوة من التعهد غير مؤكدة الوقوع.

1- CASS.CIV. II.I 6/11/1970. BUL.CIV III 591 CITE DANS J.C CIV - PRECITE PAGE 11

وعليه فإرادة الغير ضرورية جدا، فهي الأساس لإعطاء العقد قوته في إنتاج كامل آثاره القانونية، وتتمثل هذه القوة في الإقرار. و عدم التأكد من النتيجة لا يحول دون إعتبار التعهد عقدا تاما و صحيحا.

الفرع الثاني
موافقة الغير إقرار للتعهد عن الغير

في ظل نظرية العقد التامة تعتبر موافقة الغير إقرارا له. فإذا أقر الغير التعهد ترتب على ذلك تحوله من عقد غير نافذ في حق الغير إلى عقد نافذ، ينشأ بذلك التزام الغير تجاه المتعهد له منذ وقت صدور الإقرار إلا إذا قبل هذا الغير أن يكون لإقراره أثر رجعي، يستند إلى يوم إبرام التعهد لحسابه (المادة 2/115 قانون مدني). فلا يكون للإقرار أثر رجعي إلا إذا قصد الغير ذلك صراحة أو ضمنا بشرط أن لا يضر هذا الأثر الرجعي بحقوق الغير. و سنحاول من خلال هذا الفرع دراسة الأثر الرجعي للإقرار من حيث مضمونه و أساسه ثم بيان الإستثناء الوارد عليه.

١)- الأثر الرجعي للإقرار:

١-١ - مضمون الأثر الرجعي للإقرار:

حسب الفقه التقليدي فإن الغير يلتزم إزاء المتعهد له منذ لحظة إقراره، لكن الفقه الحديث والقضاء الفرنسيين على الخصوص، يريان أن إقرار الغير يكون له أثر رجعي منذ لحظة إبرام التعهد، مما يؤدي بنا إلى القول أن هناك خرق لمبدأ نسبية آثار العقد (1).

و يمكننا الرد على ذلك أنه ليس هناك خرق للمبدأ، لأن التعهد عن الغير لا يلزم هذا الغير إلا إذا أقره فالقانون جعل له كامل الحرية في تبني ما تم لحسابه بدون سلطة، فإذا رضي به يعتبر على دراية كافية أنه سيكون لإقراره أثر رجعي سيستند إلى يوم إبرام التعهد لحسابه. و يصبح بذلك طرفا في العقد الجديد، فالفقه إعتبر الأثر الرجعي للإقرار أثرا هاما له.(2). فإذا كنا أمام عملية بيع لعقار مملوك لقاصر فإن إقرار هذا الأخير عند بلوغه سن الرشد يكون له أثر رجعي إلى يوم إبرام التعهد لحسابه (3).

1/- ALEX WEILL.FRANCOIS TERRE.DROIT CIVIL.LES OBLIGATIONS PAGE 589.
2/- JEAN BOULANGER THESE PRECITE PAGE 108.

٣- عبد الرزاق السنهوري. المرجع السابق.ج١ صفحة ٦٢٠.

كما أن الأثر الرجعي لŮقرار من شĞنĜ أن يđثر على تنفيذ الدعاوى المفتوحة والتي لها ďجال محددة والتي تبدأ من يوم الإبرام وليΣ من يوم الإقرار كدعوى الğبن في بيـع العاار التي تساط وفاا للمادة čĒēĒ من االنون المدني الفرنسي بمرور عامين من يـوم البيع هذا ما قضĸ بĜ الğرفة المدنية الأولى لمحكمة الناƯ الفرنسـيةŮ حيـł رفضـĸ دعوى الğبن التي رفعها صاحبها سنة čěđĚ بعد إقراره عملية بيع بتعهد لعاار لĜ تمـĸ سنة ŮčěđĐ ومادام لŮقرار هنا أثر رجعي فااد ساطĸ دعواه لمرور أكثر من سنتين من بيع عااره (č).

١-٢- ČساΣ ĸŎر الرجعي لŮقرار:

يعتبر االضـاĈ الفرنسي أول من اعترƸ بالأثر الرجعي لŮقرار و هذا يعني أنـĜ قد اعترƸ بوجود هذا التصرƸ منذ إبرامĜŮ وبالتالي أعطاه قيمة خاصة فالإقرار يحـول العاـد المحدود الŮثار إلى عاد فعال منتĴ لكل ďثاره االنونية التي تشمل كـل عناصـر العاد. و أول أساΣ اعتمد لرجعية أثر الإقرار هو اعتبار الإقرار بمثابة الوكالة. فالتعهـد عن الğير يتضمن وكالة وهمية UN MANDAT FICTIF معطاة للمتعهد Ůالحا (Ď) وهذا قياسا على حالة الوكيل المجاوز لحدود سلطتĜ بحيł أن ďثار الوكالة Ů تنصرƸ إلى الأصـيل إŮ إذا أقـره و بذلł يصبĠ التصرƸ المجاوز لحدود السلطة بمثابة وكالة مكملة للوكالـة الأولى عمŮ بالااعدة االنونية التي تاول "الإقرار الŮحĶ كالوكالة الساباة."

ğير أن تĜسيΣ الأثر الرجعي لŮقرار على الوكالة معناه أن الğيـر كـان أهـŮ لإعطاĈ وكالة للمتعهد وهذا ğير صحيĠ لأن المتعهد كما سبĶ الإشارة إليĜ يتـدخل فـي شđون الğير بدون سلطة نŴرا لوجود عابة قانونية تمنع الğير من التصرƸ لحسابĜ كـĞن يكون قاصرا أو شخصا مستابليا كالشركة التي لم يتم قيدها في السجل فكيƸ يمكـن فـي هاتين الحالتين افتراƯ وجود وكالة الŮحاة من الğير الذي ليسĸ لĜ في هـذه الحالـة Ů الصفة وŮ الأهلية لإعطاĈ وكالة للمتعهد(ď).

č-.M.STORCK.J.C.CIV. PRECITE. CASS, CIVIL, 18/7/1964 P15. MAZEAUD OUVRAGE PRECITE P 595.

2- jean boulanger these precite epage 104 – 106

3- M.VERICEL.ART. PRECITE PAGE 126

ونرى أن نظرية الوكالة الافتراضية تجعل وضعية المتعهد كوضعية الوكيل المجاوز لحدود سلطته والذي ينتظر إقرارا من صاحب الشأن.

و ما يدعونا إلى استبعاد هذه النظرية إرادة الأصيل تكون سابقة لإرادة الوكيل بينما إرادة المتعهد يكون سابقة لإرادة الغير (1).

و من جهة أخرى هناك من يرى أن الوضعية القانونية التي تنشأ عن تدخل المتعهد بدون سلطة في شؤون الغير لن تتغير إلا بتحقق شرط واقف يتمثل في حدث لاحق تقترن به الرجعية وهذا الشرط يمثل عنصرا هاما في التصرف المبرم والمتمثل في الإقرار (2). فما مدى صحة هذا الرأي؟

بالرجوع للأحكام الخاصة بالشرط الواقف بصفة عامة ومقارنتها مع تلك للإقرار. نجد أن الالتزام المعلق على شرط واقف ينشأ عن علاقة قانونية تربط بين الدائن و المدين و ليس لهذا الأخير أن يرجع فيما وعد به إلا إذا تحقق شرط معين مثلا يعد " أ " "ب" أنه سيهبه جزءا من ثروته إذا تزوج بابنته(3). فهو إذن التزام غير كامل الوجود إذ وجوده موقوف على شرطه فإذا تخلف الشرط الواقف فإن حق الدائن يصبح عدما وإذا تحقق يصبح نافذا من وقت صدور الوعد وليس من وقت تحقق الشرط وهنا الأثر الرجعي للشرط بإمكان الأطراف استبعاده بإرادتهما.

أما الإقرار في نظام التعهد عن الغير فهو يتفق مع الشرط الواقف في مرحلة التعليق لأن الالتزام يكون محدود الآثار في كلا الحالتين.

و إذا رجعنا إلى أثر الشرط الواقف بعد فترة التعليق نجد أن تخلف الشرط الواقف يؤدي إلى زوال الرابطة القانونية بين الدائن والمدين بينما عدم إقرار الغير لا يزيل علاقة المتعهد بالمتعهد له إذ يبقى المتعهد ملزما بالتعويض تجاه المتعهد له لكونه يعتبر مخلا بالتزامه التعاقدي طبقا للمادة 1/114 من القانون المدني الجزائري.

1- jean boulanger these precitee page 106 – 107

2- M.STORCK.J.C .CIV. PRECITE PAGE 15.

3.د.عبد المنعم البدراوي. النظرية العامة للالتزام.ج2. أحكام الالتزام. 169. 168.

كما أن الأثر الرجعي للشرط الواقف يرجع إلى إرادة طرفي العقد بينما في التعهد عن الغير فيستند الأثر الرجعي للإقرار إلى إرادة الغير إذا استخلص ذلك صراحة أو ضمنيا من إرادته المادة Ď/ččĐ من القانون المدني الجزائري.

و يظهر الاختلاف أيضا في أن المتعهد لا يعلن دائما أن العملية متوقفة على الموافقة اللاحقة للغير (č). و بالتالي بإمكاننا استبعاد فكرة إعتبار الإقرار شرطا واقفا بغض النظر عن التشابه الظاهر الموجود بينهما بجعلهما الالتزام الموعود به متوقفا على وجودهما.

وهناك رأي حديث آخر حول تفسير الأثر الرجعي للإقرار يقول أن المتعهد عندما يقر ما تم لحسابه بدون سلطة يكون قد تخلى عن حقه في الاحتجاج بعدم سريان التعهد في حقه و تنازل عن حماية القانون له في عدم سريان تصرف تم من أجله بدون سلطة فالرجعية هنا لا تفسر على وكالة سابقة وهمية و لا حتى على اتمام تصرف كان حتى الآن ناقصا و إنما ترجع الى تنازل صاحب الشأن عن حقه في الإحتجاج بعدم نفاذ التصرف في حقه. و بذلك يقترب الإقرار من الإجازة إذ في كلتا الحالتين يتنازل صاحب الشأن عن حق الاحتجاج بعدم نفاد التصرف في حقه.(Ď).

٢)- الاستثناء الوارد على مبدأ رجعية أثر الإقرار:

قد يحدث في الفترة ما بين قيام المتعهد بإبرام التعهد لحساب الغير وقبل تبين موقف هذا الغير من التعهد أن يكتسب بعض الأشخاص حقا من تعاملهم مع هذا الغير (ď).

و يقول الشراح أن الأثر الرجعي للإقرار في مثل هذه الحالة لابد أن لا يضر بمن كسب حقا من الغير قبل الإقرار (Đ).

1/- M.STORCK.OP CIT P15.

2/- M.STORCK.OP CIT P15.

3- الدكتور عبد السيد أحمد عبد الله. المرجع السابق صفحة ĎēĎ.

Đ-الدكتور أنور سلطان. المرجع السابق صفحة ĎčĒ – د/ جلال علي العدوي المرجع السابق صفحة ĎĐđ.

بمعنى أن الأثر الرجعي لإقرار الغير لا يترتب إلا في حدود علاقة المتعهد له والمتعهد عنه و لا يسري في مواجهة من يكون قد تلقى حقا يتعارض مع قبوله للعقد المتعهد به فإذا تعهد " أ " أن يحمل "ب" على قبول بيع منقول إلى " ج " وفي تلك الفترة قام "ب" ببيع المنقول إلى " د " ثم قبل التعهد "أقر" على أن يكون لإقراره أثر رجعي. في هذه الحالة حق "د" يبقى بالرغم من ذلك فتخلص له ملكية المنقول. ومما تجدر الإشارة إليه هنا إلى أن بقاء حق الغير في هذه الحالة مرجعه إلى أن الغير إذا تصرف في شيء يملكه ثم قبل بعد ذلك تعهدا في خصوص هذا الشيء على النحو المذكور فان إقراره للتعهد يعتبر تصرفا في شيء لا يملكه ومن ثم يصبح إقراره للتعهد غير نافذ في حق الشخص الذي انتقل إليه الشيء من الغير.(1) وبالتالي ويتضح مما تقدم أن التعهد عن الغير ماهو إلا مجرد تطبيق للقواعد العامة.

و مما تقدم نستطيع تحديد موقف الفقه حول دور تعبير الغير في تحديد الطبيعة القانونية للتعهد عن الغير في حالتين:

ففي الحالة التي يكون فيها التعهد مستقلا بذاته نكون أمام إيجاب موجه إلى الغير وموافقة الغير هي قبول للتعهد وينشأ عنها التزام الغير منذ لحظة إتصال القبول بعلم الموجب و هذا بمقتضى عقد جديد من حيث الأطراف و الالتزامات ووقت الإبرام.

أما إذا كنا أمام تعهد مقترن بعقد آخر فإن موافقة الغير تكون إقرارا له و يكون بذلك للإقرار أثر رجعي إلى يوم إبرام التعهد والتعهد في كلا الحالتين يعتبر عقدا صحيحا غير نافذ في حق الغير والإقرار هنا يعتبر شرطا لنفاذ التعهد في حق الغير وليس شرطا لصحته.

١.د.عبد الرزاق السنهوري. المرجع السابق ج١ صفحة ٦٢٢.-٦٢٣
- عبد السيد احمد عبد الله –المرجع السابق صفحة ٢٧٢
-د.حسين منصور مصادر الالتزام –المرجع السابق صفحة ٣٠٦

المبحث الثاني

أثر تعبير الغير في التعهد عن الغير

نظرا لأن التعهد عن الغير في غالب الأحيان يكون مرتبطا بعقد آخر فإن موافقة الغير تكون إقرارا له بحيث يصبح الغير نظرا للأثر الرجعي للإقرار الذي يصدره طرفا في التعهد منذ إبرامه لحسابه وكأنه هو الذي أبرمه منذ البداية.

كما أن إلزام المتعهد بالتعويض للمتعهد له عند رفض الغير الالتزام به والراجع إلى كونه الطرف المدين في التعهد عن الغير دليل كاف على أن التعهد عقد صحيح.

فإذا نجح المتعهد في إقناع الغير بالالتزام بالتعهد يكون هنا الإقرار بمثابة التنفيذ العيني للتعهد إذ تبرأ ذمته بمجرد إقرار هذا الغير. و تقوم علاقة بين كل من المتعهد عنه والمتعهد له.

و نقسم هذا المبحث الى مطلبين: المطلب الأول ندرس فيه حالة عدم إقرار الغير و ما يترتب من مسؤولية على عاتق المتعهد و المجسدة في التعويض الذي يمكن أن يأخذ صورة تعويض بمقابل أو تعويض عيني.

و في المطلب الثاني نتعرض إلى حالة إقرار الغير من خلال نقطتين: أولا: الإقرار كشرط لنفاذ التعهد في حق الغير و ثانيا: الإقرار كتنفيذ عيني للتعهد.

المطلب الأول

حالة عدم إقرار الغير للتعهد

بالرغم من اليقين التام للمتعهد من أن الغير سيقر الإلتزام المتعهد به إلا أنه بإمكان الغير أن يخيب آماله بعدم إقراره الإلتزام المتعهد به.

فالقانون أعطى للغير كامل الحرية في الإقرار أو عدمه لإعتباره أجنبيا عن العملية القانونية التي تمت لمصلحته بدون سلطة، و بذلك يكون المتعهد المسؤول الوحيد تجاه المتعهد له و هذا ما تؤكده الفقرة الأولى من المادة 114 قانون مدني جزائري التي تنص على ما يلي: " إذا تعهد شخص عن الغير فلا يتقيد الغير بتعهده، فإن رفض الغير أن يلتزم وجب على المتعهد تعويض من تعاقد معه ويجوز له مع ذلك أن يتخلص من التعويض بأن يقوم بتنفيذ ما التزم به.

لكن ما يجدر الإشارة إليه أن الغير قد يكون خلفا للمتعهد، فهل عند وفاة هذا الأخير يبقى هذا الغير بإعتباره خلفا له حرا في الإقرار أم أن هذه الحرية تحكمها قيود بحيث يجد هذا الغير نفسه مجبرا بإلتزام سلفه المتعهد؟ هذا ما سوف نحاول دراسته في هذا المطلب.

الفرع الأول

المتعهد مخل بالتزام عقدي

لا حرج أن يرفض الغير الإلتزام بالتعهد، فهو لا يلزمه بشيء، و لا يترتب على رفضه أية مسؤولية و لو على أساس فكرة التعسف في إستعمال الحق لأنه أجنبي عن التعهد و إن كان هناك أساس لمحل الإلتزام فعلى أساس آخر كالفضالة مثلا إذا توافرت شروطها و لكن هذه الحالة تخرج عن نظام التعهد الى نظام آخر (1).

يعد عدم إقرار الغير للإلتزام المتعهد به تعبيرا عن إرادة هذا الغير في عدم قبوله للتصرف الذي تم لحسابه بدون سلطة(2).

1- – الدكتور أنور سلطان – المرجع السابق ص [illegible].

2- jean boulanger. these precitee page 134.

فعدم الإقرار يخضع للقواعد العامة المتعلقة بالتعبير عن الإرادة فيمكن أن يكـون صريحا أو ضمنيا و ترجع أسباب عدم إقرار الغير إما إلى رفضه الغيـر الالتـزام بـه أو لوجود استحالة تحول دون قيامه بالالتزام المتعهد به. فرفض الغير قد يكون صـريحا عندما يصرح أنه لا يريد إقرار الالتزام المتعهد به كما يمكن أن يكون عدم إقرار ضمنيا كأن يتصرف المتعهد عنه في الشيء المتعهد به رغم علمه بوجـود التعهـد عـن ذلـك الشيء(č).

و تجدر الإشارة الى أنه قد يحدث أن يرفض الغير الإقرار ثم يعـدل عـن ذلـك الرفض و يرى بولونجيه أنه يجب في هذه الحالة التمييز بين حالتين: (Ď).

الحالة الأولى: علم المتعهد له بعدم إقرار الغير:

هنا لا يمكن للغير بعد عدم إقراره للتعهد أن يجبر المتعهد له بالتعاقد معه فـي حالة عدوله عن عدم إقراره في هذه الحالة يعد التعهد كأنه لم يكن و تطبق عليـه نفـس أحكام القبول الصادر بعد انقضاء الأجل المحدد له. وإذا ما قبل المتعهد له هـذا الإقـرار الصادر بعد العدول عن الرفض نكون أمام عقد جديد والتعهد يمكن أن يصبح كمرجع لهم لإبرام إتفاق جديد.

الحالة الثانية: عدم علم المتعهد له بعدم إقرار الغير:

في هذه الحالة إذا صدر الإقرار في مجاله المتفق عليها فلا عبرة بـالرفض الـذي أصدره في المرة الأولى مادام المتعهد له لم يعلم به.

وعدم الإقرار في كل هذه الحالات سواء أكان بسبب رفض الغير أو بسبب وجـود إستحالة يمنع من قيام أي علاقة قانونية بين كل من المتعهد له والغيـر و يكـون بـذلك المتعهد مخلا بإلتزامه العادي.

č-jean boulanger these precitee page 1ď4.

Ď-jean boulanger these precitee page 135. a137

و يعد هذا الموقف تطبيقا منطقيا للقواعد العامة المتعلقة بالتعبير عن الإرادة في كافة العقود سواء بالقبول أو الرفض.

١-قيام المسؤولية العقدية للمتعهد عند عدم إقرار الغير:

يترتب على الإخلال بالإلتزام بصفة عامة قيام مسؤولية المدين و تعتبر المسؤولية العقدية جزاء للإخلال بالإلتزامات الناشئة عن العقد أو عدم تنفيذها فهي تقوم عند إستحالة التنفيذ العيني و قيامها يفترض أن يكون هناك عقد صحيح واجب التنفيذ لم يقم المدين بتنفيذه كما أنها لا تقوم إلا إذا توفر الخطأ من جانب المدين كما أنه إذا كنا أمام إلتزام بتحقيق نتيجة فيكفي عدم تحققها لوقوع الخطأ العقدي من جانب المدين (1) و عليه تستلزم القواعد العامة لقيام المسؤولية العقدية بصفة عامة ما يلي(2):

*- وجود عقد صحيح.

***-** عدم تنفيذ المدين لإلتزامه.

*- حصول ضرر للدائن من جراء عدم تنفيذ المدين الإلتزام.

يعد المتعهد الطرف المدين في التعهد إذ أنه ملزم بجعل الغير يلتزم بالتعهد وهذا بإقناعه على إقرار ما تم لحسابه فهل شروط قيام المسؤولية العقدية قائمة في نطاق التعهد.

بالنسبة للشرط الأول: فقد إستخلصنا سابقا أن التعهد عقد صحيح فهو ليس بعقد باطل بطلانا مطلقا لأن مجرد إقرار الغير له يجعله ساري المفعول و منتجا لآثاره القانونية و كأنما قام الغير بإقرامه بنفسه منذ البداية و ليس المتعهد.

فالتعهد يشتمل على إرادتين متطابقتين و هما إرادة المتعهد التي تفتقر الى سلطة تولي شؤون الغير. و الإرادة الثانية هي إرادة المتعهد له و هي إرادة منتجة لأثارها فورا.

1- د. بلحاج العربي: المرجع السابق ص 135 – 138.

2- د. على علي سليمان المرجع السابق ... 1 صفحة 121.

الشرط الثاني: عدم تنفيذ المدين للالتزام:

كما سبق الإشارة اليه فإن التزام المتعهد التزام بتحقيق نتيجة فمجرد عدم إقـرار الغير هنا يجعل منه مخلا بالتزامه اتجاه المتعهد له الذي يعد الطرف الدائن.

الشرط الثالث: نشوء ضرر عن عدم تنفيذ الالتزام العقدي:

يجب أن يكون من أصابه ضرر عن عدم تنفيذ الإلتزام العادي هو الدائن بالإلتزام أو خلفا عاما له (1) و إذا كان من أصابه ضررا غريبا عن العاد هنا المسـؤولية تكـون تقصيرية. فيؤخذ إذن بعين الإعتبار بالضرر الذي نشأ عن عدم تنفيذ التعهد بالنسبة للمتعهد له أو خلفه.

و عليه فنحن أمام كل العناصر المطلوبة عامة المسؤولية العادية للمتعهد في حـال فشله في إقناع الغير.

و تجدر الإشارة الى أنه لا يعد عدم إقرار الغير سببا أجنبيا كافيا ليرفـع المتعهـد عنه المسؤولية وهذا لعدة أسباب أهمها: أن رفض الغير كان محتملا عند إبـرام التعهـد والدليل على ذلك ضمان المتعهد للمتعهد له دفع تعويض.

كما أن مفهوم رفض الغير لا يتفق ومفهوم السبب الأجنبي والقوة القـاهرة اللـذان يمثلان حدثا مفاجئا لا يمكن توقعه ولا دفعه والذي بوجوده يصبح تنفيذ الإلتزام المتعهد به مستحيلا (2). فالمتعهد لا يتحلل من مسؤوليته إذا أثبت أنه عمل كل ما يسع رب الأسرة المعني بأمور نفسه بل لا بد أن يحصل على ذلك الإلتزام إلا إذا كان الطرفان قد إتفق منذ إبرام التعهد على جعل إلتزام المتعهد مجرد إلتزام ببذل عناية فقط.

1- د/ علي علي سليمان المرجع السابق ص 122.

2-JEAN BOULANGER. THESE PRECITEE PAGE 133 A 135 M.VERICEL.ART.PRECITE PAGE 124.

غير أنه هناك جانب من الفقه إعتبر أنه ليس هناك ما يحلل المتعهد مــن إلتزامــه و يعفيه بذلك من مسؤوليته حتى و لو كان هناك سبب أجنبي، إذ يبقــى المتعهــد ملــزم بالتعويض مهما كان السبب لأن إلتزامه بالضمان يشمل على إلتزامه بتأمين المتعهد له من الخطر رفض الغير للإلتزام المتعهد به(١).

و نحن نرى أنه بإمكان المتعهد أن يتحلل من هذا الإلتزام إلا إذا أثبت أنه كان أمام استحالة تحول دون قيامه بإلتزامه شريطة أن تكون هذه الإستحالة متعلقة بشخص الغيــر، فيعتبر مثلا سببا أجنبيا موت الغير، كأن يتعهد "أ" بجعل رسام معروف يرسم لــه لوحــة زيتية و يتوفى هذا الرسام أو أن يصبح الغير في حالة لا يمكنه فيها إصدار تعبيــر عــن إرادته كأن يصاب بجنون أوعته (٢).

أما إذا كان الإلتزام المتعهد به متعلقا بالذمة المالية للغير فإننا نرى أن المتعهد يبقى ملتزما تجاه المتعهد له و ليس له الإحتجاج بوجود الإستحالة كتصــرف المتعهــد عنــه بالشيء المتعهد به بدون علم منه بالتعهد أو كأن يتلف الشيء المتعهد به فهنــا نــرى أن المتعهد بإمكانه أن يقدم بدلا عنه من نفس النوع حتى يتخلص من التعويض فمثلا إذا كان الشيء المتعهد به سيارة من طراز معين و قام الغير ببيعها هنا بإمكان المتعهد الحصــول على نفس نوع السيارة و يقدمها للمتعهد له بدلا من السيارة المتعهد بها.

إذن لا بد له أن يثبت المتعهد وجود السبب الأجنبي يتعلق بشخص الغيــر ليعفــي نفسه من التعويض فأمام الإستحالة المطلقة فقط يمكنه التحلل منه (٣) وفق المــادة ١٧٦ من القانون المدني الجزائري التي تنص على أنه: "ينقضي الإلتزام إذا أثبت المدين أن الوفاء به أصبح مستحيلا عليه لسبب أجنبي عن إرادته".

١- د/ عبد الحي حجازي المرجع السابق المجلد الثاني الصفحة ٧٢٥ و الصفحة ٨٨٤.

٢- الدكتور محمد حسين منصور المرجع السابق صفحة ٣٠٧.

- JEAN BOULANGER. THESE PRECITE PAGE 134

٣- ALEX WEILL FRANCOI TERE P 589

- فالإستحالة النسبية تبرء المدين من التنفيذ العيني، غير أنه يبقى ملزما بتعويض الضرر الناجم عن عدم تنفيذ إلتزامه طبقا للمادة ١٧٦ ق م الدكتور علي فيلالي المرجع السابق ص ١٧٧ و ٣٣٦.

٢- حالة [illegible] في إمكانية إلزام الغير بالتعهد:

من الناحية القانونية الغير ليس ملزما بتنفيذ التعهد بإعتباره أجنبيا عنه ويعد هذا أمرا منطقيا يتوافق و المبادئ العامة للقانون والعدالة. لكن الواقع أثبت عكس ذلك إذ يجد هذا الغير نفسه مضطرا من الناحية المعنوية للالتزام بما تم الاتفاق عليه لحسابه وهذا نظرا للعلاقة التي تربطه بالمتعهد. كما لو كنا في إطار النظام المشترك للزوجين فقد يحدث أن يقوم الزوج ببيع عقار مملوك على الشيوع بينه وبين زوجته متعهدا عنها أنها ستقر ما قام به لحسابها فالزوجة هنا تكون مضطرة للإقرار لأنها بطريقة أو بأخرى ستتأثر بالتعويض الذي سيدفعه الزوج في حالة رفضها لأنه في هذه الحالة سيدفعه من المال المشترك بينهما (1).

كما أن المتعهد في كثير من الأحوال ما يكون وليا له مما يضطر الغير للإقرار تفاديا منه قيام مسؤولية المتعهد التي تستوجب منه تعويض المتعاقد على الأضرار التي تلحقه من عدم إقراره (2).

لهذا تدخل القانون الفرنسي لحماية القاصر بحيث نص القانون رقم:85-677 المؤرخ في 5 / 7 / 1985 و المتعلق بالتعويض عن حوادث المرور في المادة 3/ 18 على منع الممثل القانوني من الحصول على إقراره على الصلح الذي أجراه " الولي " مع المؤمن إلا بعد بلوغه سن الرشد و يعد هذا حماية للقاصر من الضغط الذي يمكن أن يمارسه عليه و ليه فيقبل بالصلح (3).

و يجب الإشارة الى أن الغير بإمكاننا مساءلته بتطبيق تقنيات قانونية أخرى غير التعهد لأنه قد يستفيد هذا الغير من التعهد بإمكاننا مطالبته في هذه الحالة على أساس الإثراء بلا سبب أو على أساس الفضالة كما سبق الإشارة إليه في إمكانية إعتبار الشخص متعهدا و فضوليا في حال توفر شروط كلا النظامين (4).

1/- M. Vericel. Art précité page 126.
2/-M. storck . OP cité page 18.
3- M. Vericel. Art précité page 126.

4- Mazeaud -ouvrage pricite page 595.

و يحدث أيضا في هذا الصدد أن الغير قد يخلف المتعهد مثال ذلك أن يتعهد الأب عن إبنه فيكون التعهد ملزما للأب دون الإبن، ثم يتوفى الأب فيخلفه الإبن.

فبالرجوع إلى التشريعات العربية التي يستند في معظمها إلى أحكام الشريعة الإسلامية، نجدها لا تقبل انتقال الالتزامات من المورث إلى ورثته تطبيقا للقاعدة التي تقول" لا تركة إلا بعد سداد الديون ".

لكن المشرع الفرنسي نجده يعترف بإمكانية انتقال التزامات المورث إلى الورثة و لاعتبار الوارث امتداد الشخص المورث، وبالتالي يلتزم بالتزاماته في حالة قبوله التركة بدون تحفظ، أما إذا قبلها بتحفظ بجردها فعندئذ لا تنتقل إليه التزامات مورثه (1).

وعليه فالتعهد في نظام التشريعات العربية ومنها التشريع الجزائري لا يقبل إنتقال إلتزامات المورث إلى الغير في حالة ما إذا كان هذا الغير وارثا له، وعلى خلاف المشرع الفرنسي الذي يلزم الغير إذا كان خلفا للمتعهد ويميز بين حالتين:

الحالة التي يكون فيها المتعهد طرفا أجنبيا عن التصرف الرئيسي، والحالة التي يكون فيها المتعهد طرفا في التصرف الرئيسي.

الحالة الأولى: التي يكون فيها المتعهد أجنبيا عن التصرف الرئيسي:

هنا تنتقل إلى الغير أثار العقد فقط، ولا يغير من وضعيته كغير إذ يبقى العقد غير نافذ في حقه و هو حر في الإقرار أو عدمه لأن المتعهد والمتعهد له عند إبرامهما للتعهد، يكونان قد تركا لهذا الغير الحرية في تحديد موقفه، والدليل على ذلك تحديدهما للتعويض، و عليه يكون الغير ملزما بالتعويض فقط هذا ما قضت به محكمة النقض الفرنسية في قضية تتلخص كالتالي: قام الأب بإبرام عقد إيجار عقار متعهدا عن أطفاله القصر أنهم سيقرونه عند بلوغهم سن الرشد، فتوفي الأب وعند بلوغ الأطفال سن الرشد رفضوا الإقرار مما أدى إلى الحكم عليهم بالتعويض وفقا لأحكام الخلافة (2).

1- د/ علي سليمان . المرجع السابق، صفحة Ěē.

2- M STORCK JURIS CLASSEUR CIV PRECITE PAGEčě

أما الحالة الثانية: التي يكون فيها المتعهد طرفا في التصرف الرئيسي

و مثالها حالة بيع المتعهد لعقار مملوك على الشيوع ويكون شريكا فيه في هـذه الحالة إذا توفي المتعهد انتقل التزامه المتمثل في ضمانه الحصول على الإقـرار. لأنـه يكون قد قام ببيع حصته أصالة عن نفسه و باع حصة الغير متعهدا عنه. فقبـول الغيـر للميراث يجعله مدينا بالتزام مورثه وهو التزام غير قابل للانقسام بطبيعته (č). فيكـون الخلف في هذه الحالة ملزما بالعقد الذي أبرمه سلفه و ينتقل الإلتزام بالضمان إليه (Ď).

و في هذا الصدد يجدر بنا الإشارة الى أن إنتقال إلتزام المتعهد الى سـلفه الغيـر يتناقض نوعا ما مع ما قلناه عن حرية الغير: فالمتعهد له و المتعهد عند إبرامهما التعهـد قد تركا للغير حرية الإقرار أو عدمه. و من جهة أخرى المتعهد له كان منذ البداية علـى علم أن الغير حر في الإقرار و الدليل على ذلك الإلتزام الشخصي للمتعهد إتجاهه و عليه يطرح الإشكال على أي اساس سنلزم الغير بالتعهد و يمكننا الرد هنا أن إلتزام الغير في هذه الحالة يقوم بإعتباره خلفا و لا يعتبر إلتزاما شخصيا. و بذلك يظل الخلف حـرا فـي الموافقة على الإلتزام بالعقد موضوع تعهد سلفه فإذا رفض إلتـزام سـلفه يتحـول الـى تعويض يقتضى من أموال التركة و في حدود هذه الأموال وفقا لقواعـد الخلافـة (ď).

فالإجتهاد القضائي الفرنسي قد توصل الى أنه ليس بإمكان الغيـر إسـتبعاد أثـار التعهد الناتجة في ذمته المالية لأنه بإنتقال الميراث إليه ينتقل إليه حق الضمان الذي كـان على عاتق سلفه المتعهد و بذلك يكون عليه إحترام العقد الذي أبرمه سلفه و لا يمكن فـي أي حال من الأحوال إجباره على الإقرار (Đ).

č- VERICEL .ART. PRECITE PAGE : 126 –

- CORINE RENAULT – BROHINSKY : DROIT CIVIL LES OBLIGATIONS PAGE 111.

- ALEX WEILL. FRANCOIS TERRE PRECITE PAGE 587

Ď- فريدة زواوي رسالة الدكتورة ص čēč.

mazeaud precite p 595.

ď- د/ مصطفى الجمال صفحة ĎďĒ /

4/-JEAN BOULANGER. THESE PRECITEE PAGE126

و بإستثناء الحالات المبينة سابقا عن إمكانية الزام الغير بالتعهد تبقى للغير الحرية المطلقة في إقرار التعهد أو عدم إقراره. فإذا رفض الإقرار فإن المتعهد يتحمل وحده المسؤولية إتجاه الطرف المتعاقد معه فالغير من الناحية القانونية حر في الإقرار أو عدمه طبقا لما تقضي به نص المادة ١١٣ من القانون المدني الجزائري بإعتبار التعهد قد ينشئ التزاما في ذمته.

الفرع الثاني

وجوب تعويض المتعهد له عن عدم إقرار الغير

إن الهدف من التعهدات هو إقامة رابطة تعاقدية بين كل من المتعهد له والغير وعدم النجاح في ذلك يستلزم الأمر من المتعهد دفع تعويض للمتعهد له و هذا وفق ما نصت عليه المادة ١١٤ من القانون المدني الجزائري.

١)- كيفية تعويض المتعهد له:

فالتعويض إذن يعتبر أثرا مباشرا لقيام المسؤولية العادية للمتعهدين فتطبيقا للقواعد العامة لا بد أن يغطي هذا التعويض الضرر المباشر و المتوقع الناتج عن تأخر أو عدم تنفيذ الالتزام المتفق عليه بين طرفي التعهد وللمتعهد له باعتباره الطرف الدائن حق المطالبة بالتعويض عن الأضرار الناجمة عن رفض الغير و الذي يشمل كل ما فاته من كسب وما لحقه من خسارة (١).

و هذا التعويض يقدر بمقدار مصلحة المتعاقد مع المتعهد في تنفيذ إلتزامه أي على أساس المصلحة الإيجابية(٢). و هو إما أن يكون تعويضا إتفاقيا أو قضائيا كما يمكن أن يكون عينيا إذا كان غير متعلق بشخص الغير (٣).

١- د علي علي سليمان المرجع السابق ج ١ ص ١١٧
٢- د/ عبد الحي حجازي المرجع السابق ج٢ ص ٢١٨.
٣- د/ سمير تناغو القانون و الإلتزام صفحة ١٢٢.

١-١ - التعويض بمقابل:

قد يتفق الأطراف على مقدار التعويض إذا لم يوفي المتعهد بالتزامه بحيث يحددانه بمقدار معين وهذا ما يعرف بالشرط الجزائي فالشرط الجزائي يقدر عادة بمبلغ يكون المتعاقدان قد حدداه بصفة نهائية فلا يمكن بذلك منح المتعهد له أي الدائن أقل أو أكثر مما هو متفق عليه كما أن الشرط الجزائي تبعي للتصرف الرئيسي فإذا كان هذا التصرف باطلا كان الشرط الجزائي باطلا كما أنه إذا أثبت المدين أن الدائن لم يلحقه أي ضرر فإنه لا يستحق في هذه الحالة التعويض. إذن فالشرط الجزائي لا يمكن دفعه كتعويض إلا إذا تم إثبات وجود ضرر ناتج عن تنفيذ الإلتزام أو التأخر في تنفيذه هذا ما قضت به المادة čĒĐ قانون مدني جزائري.

فالأصل في التعويض الناتج عن رفض الغير أن يكون نقديا لكن إذا لم يتفق الأطراف مسبقا عليه و ترجع السلطة التقديرية للقاضي في حالة حدوث نزاع بين المتعهد و المتعهد له ويشمل هذا التعويض ما لحق المتعهد له من خسارة وما فاته من كسب أما إذا كان هناك غش فالتعويض لا يشمله لأنه يشمل فقط ما يمكن توقعه والمطالب به هو المتعهد. فإذا تابع المتعهد له الغير مطالبا إياه بالتعويض عما لحقه من ضرر ناجم عن رفضه فإنه في هذه الحالة لا يمكنه متابعة المتعهد على أساس المادة ččĐ من القانون المدني الجزائري نظرا لعدم وجود أي علاقة تربطه به. فالغير ما دام لم يقر الالتزام المتعهد به يبقى أجنبيا عنه ومتابعته من أجل دفع التعويض لا أساس لها لذا ننتقد قرار القاضي بزوال حق المتعهد له في مطالبة التعويض من المتعهد نظرا لرجوعه على الغير بدلا من المتعهد لأن المتعهد له في هذه القضية يكون قد تنازل عن دين لا أساس له ولا وجود له وبالتالي لا ينتقد حق الرجوع في طلب التعويض من المتعهد نظرا للعلاقة التعاقدية الموجودة بينهما(1).

1- CASS .10.03.1954 CITE PAR M STORCK JCL . PRECITE PAGE 17

ملاحظة: يرى بولونجية أن التزام المتعهد هو التزام بإعطاء شيء في حالة رفض الغير فالمتعهد ضامن لمخاطر رفض الغير مما يستلزم منه تغطية كل مخاطر رفض الغير بشرط أن لا يتعدى التضمين الضرر الذي أصاب المتعهد له من جراء رفض الغير . - JEAN BOULANGER THESE PRECITE PAGE 36 -

١-٢ - التعويض العيني:

لما كان المتعهد له ليس له دعوى في مواجهة الغير فليس له كذلك الحق في أن يجبر المتعهد على أن يحل محل الغير في القيام بالأداء المقصود (١).

ففي غياب اتفاق بين الأطراف حول تحديد مبلغ التعويض لا يمكن إجبار المتعهد على تنفيذ الالتزام المتعهد به فإذا تعهد فنان لشخص يريد إقامة حفل بأن يجعل فنانا أخر يلتزم بالغناء في هذا الحفل فلا يمكن لهذا الشخص أن يجبر الأول بالغناء إذا رفض الثاني الإلتزام. لكن يجوز للأول أن يغني إذا أراد ذلك أن التزام المتعهد ليس التزاما بالضمان وإنما التزام بالحصول على نتيجة تتمثل في الحصول على إقرار الغير لذا فإن التزام المتعهد التزام بدلي و يكون الإلتزام الأصلي فيه هو دفع تعويض Obligation facultative و بالمقابل لا يحق للغير أن يرفض قيام المتعهد بتنفيذ الالتزام المتعهد به و إلا إعتبر متعسفا في استعمال حقه (٢) فبرجوعنا إلى نص المادة ١١٣ من القانون المدني الجزائري نجدها قد أجازت للمتعهد أن يقوم شخصيا بتنفيذ الالتزام المتعهد به في حالة عدم إقرار الغير مادام أن التنفيذ ممكنا ولا يتصل بشخص الغير كأن يتعهد "أ" لـ "ب" بجعل "ج" يبيعه سيارته فإذا رفض "ج" يكون "أ" قد أخل بإلتزامه و يكون بذلك ملزما بتعويض "ب" لكن يجوز لـ "أ" أن يقوم بشراء سيارة مماثلة للسيارة المتعهد بها و هنا يكون قد نفذ إلتزامه و هنا يكون المشرع الجزائري قد جعل من التعويض في نظام التعهد عن الغير تطبيقا منطقيا للقواعد العامة للتعويض وفق ما نصت عليه المادة ٢١٤ الفقرة ١ من القانون المدني الجزائري التي تنص:" يكون الإلتزام إختياريا إذا لم يشمل محله إلا شيئا واحدا و لكن تبرأ ذمة المدين إذا أدى بدلا منه شيئا أخر".

١- د/ عبد الحي حجازي المرجع السابق ص ٢١٨.
٢- د/ عبد الرزاق السنهوري المرجع السابق ص ٦٢٤ – د/ فرج الصدة نظرية العقد ٥٥٢.

و تجدر الإشارة هنا الى أنه بإعتبار التعهد إتفاق فبإمكان طرفيه أن يتفقا على جعل الإلتزام المتعهد به إجباريا على المتعهد و ذلك عندما يتعهد المتعهد بالإضافة إلى التزامه بالحصول على إقرار الغير من جهة أخرى يتعهد أنه سينفذ الالتزام المتعهد به عند ما يرفض الغير الإقرار.

فهنا نحن أمام تصرفين: تصرف تم بدون سلطة لحساب الغير والمتمثل في التعهد بالحصول على إقرار الغير وتصرف قام به أصالة عن نفسه ولحسابه الشخصي وهذا التصرف يعد تصرفا معلقا على شرط واقف يتمثل في رفض الغير (1).

فالأصل في التعويض في نظام التعهد أن يكون تعويضا بمقابل سواء كان اتفاقيا أو قضائيا. و الإستثناء أن يكون تنفيذا عينيا.

2- أساس تعويض المتعهد له:

بالرجوع الى نص المادة 114 من القانون المدني الجزائري نجد المشرع لم يتكلم عن ضرر و تعويض لكنه تكلما عن التعويض فقط و هنا يطرح التساؤل عن أساس التعويض في نظام التعهد عن الغير؟ هل التعويض هنا يرجع الى إخلال المتعهد بإلتزام عادي أم على أساس تغطية خطر رفض الغير ما دام التعهد يشتمل على حمل الغير الأجنبي عن العقد للموافقة على عملية قانونية تمت بدون سلطة لمصلحته؟

و بما أن التعهد عن الغير يشتمل على إلتزام المتعهد بالحصول على إقرار الغير نظرا لغياب السلطة لديه فإنه لا بد للمتعهد أن يعوض هذا الغياب بإلتزامه شخصيا إتجاه المتعهد له و ذلك لا يكون إلا بتغطية خطر تعامله بدون سلطة. و تتجسد هذه التغطية في التعويض و هذا ما يجعل من التعهد عقد ضمان نتيجة و محل الضمان فيه هو ضمان رفض الغير.

1-M STORCK O.P CITE PAGE 18-19 .

و نحن نرى أنا أساس تعويض في نظام التعهد عن الغير لا يرجع الى خطأ عادي لأن مصير يتوقف على موقف الغير و لا يد للمتعهد في ذلك بل نرجع أساس التعـويض في تغطية المخاطر التي تنتج عن رفض الغير و هنا يصـبح المتعهـد ضـامن لخطـر عادي(1). مما يجعلنا نعتبر إلتزام المتعهد إلتزاما تعويضيا. فمبلغ التعويض هنا ما هو إلا تأمين المتعهد من رفض الغير لالتزام المتعهد به.

المطلب الثاني

حالة إقرار الغير للتعهد

لقد عالج المشرع الجزائري وعلى غرار التشريعات الأخرى الحالة التي لا يسـأل فيها صاحب الشأن عن التصرفات التي تتم لحسابه بدون سـلطة وهـي حالـة الوكيـل المجاوز لحدود سلطته وفقا لنص المادة 74 من القـانون المـدني الجزائـري. وعليـه فالتصرفات التي يقوم بها الوكيل المجاوز لحدود سلطته لا تسري في حق الأصيل إلا إذا اقرها وعدم النفاذ هنا لا يعني بطلان التصرف الذي تم لحساب الأصيل بدون سلطة بـل هو تصرف صحيح (2).

و نرى أن عدم النفاذ هو جزاء يرتبه القانون على كل شخص يتصرف بدون سلطة في شؤون الغير. كما أنها حماية وضمان للغير إذ لا يمكن إلزامه بعقد لم يكن طرفا فيـه و هذا ما جسده المشرع في نظام التعهد عن الغير من خلال نص المادة 114 من القانون المدني الجزائري و تجدر الإشارة الى أن عدم النفاذ يشمل كل التصرف و لا يقتصر على جزء منه.

لكن هذا لا يمنع من وجود عدم نفاذ جزئي و مثاله أن يكون المتعهد شـريكا فـي المال المشاع فإذا قام المتعهد ببيع المال المشاع فالبيع يكون صحيحا(3).

---

1 : JEAN BOULANGER. THESE PRECITEE PAGE .31.

2- الدكتور عبد الحي حجازي. المرجع السابق ج2 صفحة 197.

3- M. STORCK.O P CITE PAGE 12.

بحيث يكون التصرف الذي قام به نافذا على نصيبه لأنه يعتبر متصرفا أصالة عن نفسه في الجزء الذي يمتلكه أما بالنسبة للجزء الآخر من المال المشاع فالبيع يعد في هذه الحالة غير نافذ في حق الشريك أو الشركاء الآخرين وبالتالي إذا رفض هـذا الأخيـر الإقرار فإن عملية البيع تكون غير نافذة في حقه بينما تنتقل ملكية نصيب " المتعهد " إلى المشتري.

كما يمكننا عند تطرقنا إلى عدم نفاذ التصرف في حق الغير الإشارة إلـى حالـة الولي على قاصر فقد أشرنا الى أن المتعهد متولي لشؤون الغير بدون سلطة فهل هـذا ينطبق على الولي باعتباره نائبا قانونيا لمن يوجد تحت ولايته ؟ فقد ثار نقاش حول صحة التعهد عن القاصر نقاشا حادا بين الفقهاء الفرنسيين الذين رأوا أنها سماح للولي بـالتهرب مـن الحصول على إذن من الجهات القضائية. و هذا ما تقضي به المادة 88 /2 مـن قـانون الأسرة الجزائري: "........عليه أن يستأذن القاضي في التصرفات التالية: بيع العقـار و قسمته و رهنه ...." ولكن إذا قام الولي بالتعهد عن القاصر بدون استيفاء الإجـراءات القانونية فإننا نرى أنه لا يسأل على أساس ولايته ولكن على أساس التعهد و هذا ما أقرت به محكمة النقض الفرنسية لأنها ترى أن القاصر لا يلزم بعقد الولي المتعهد إلا بعـد أن يبلغ سن الرشد(1).

الفرع الأول
الإقرار شرط لنفاذ التعهد في حق الغير

حتى يكون الإقرار نافذا في حق الغير لابد أن تتوفر فيه شروط شكلية وموضوعية (الفقرة 1). كما أنه نظرا لالتباس المفهوم بين كل من الإقرار والإجازة فإنـه لابـد مـن توضيح هذا الاختلاف بالتعرض إلى نقاط التشابه والاختلاف بينهما (الفقرة 2).

1 : JEAN BOULANGER. THESE PRECITE PAGE .93.
- M. STORCK.O P CITE PAGE 12.

١ - شروط Tحة الأقرار:

يعتبر الإقرار تصرفا أحاديا يار بموجبŊ صاحب الشأن بوجود حŧ نشأ في ذمتـŊ من نشاط من لم تكن لŊ ولاية التصرƵ ومن ثم لا يجوز القول أن الإقرار هنا يتعلŧ فقط بعمل صدر مجاوزا لحدود النيابة (ĉ).

وكون الإقرار تصرƵ قانوني يعبر عن اتجاه إرادة المار في إحداƚ أثر قـانوني هو ثبوƘ حŧ في ذمتŊ و إعفاƇ المار لŊ من إثباƘ الحŧ فإنŊ إذا ما إختار الشخص إقرار ما تم لحسابŊ بدون سلطة أو تجاوزا للسطلة يكون بذلك قد الزم نفسŊ بإرادتŊ المنفـردة دون حاجة إلى إرادة أخرى وهنا يكون للإرادة المنفردة في نظام التعهد عن الغيـر دور في إحداƚ أثر قانوني و المتمثل في قيام الغير بالالتزام المتعهد بŊ.

لكن هذا حتى يكون للأقرار الفعالية اللازمة لقيام تلك العلاقة سيتوجب الأمر توفر شروط موضوعية و شكلية.

١-١- الشروط الموضوعية للأقرار:

باعتبار الإقرار تصرفا قانونيا بإرادة منفردة من المار فإنŊ يستوجب فيŊ الأهليـة فلا بد أن يكون مميزا للقيام بالالتزام المتعهد بŊ لحسابŊ فهذا الالتزام يمكن أن يكون محلŊ القيام بعمل أو الامتناع عن عمل أو إعطاƇ شيƇ كما سبŧ بيانŊ(2).

كما أنŊ يجب أن يكون تعبيره عن إرادتŊ تعبيرا عن إرادة جدية وحقيقية لا يشوبها عيبا من عيوب الإرادة أو عارضا من عوارƬ الأهلية المنصوص عليها قانونا ذلك حتى يستطيع تبني تصرفاƘ قانونية هي في الأصل غير نافذة في حقŊ.

تجدر الإشارة الى أنŊ إذا كان الغير الموجب لŊ غير ملزم بالرد علـى الإيجـاب الموجŊ إليŊ بإعتباره أجنبيا عن التعهد و لŊ كامل الحرية في ذلك بالمقابل فـإن طرفـي التعهد غير ملزمين بالبقاƇ على التزامهما الى ما لا نهاية فالتعهد معرƬ الى السقوط لـذا يجب أن يصدر الإقرار في أجالŊ المعنية.

ĉ- د/ و حيد الدين سوار المرجع السابق صفحة ٢٧١.
د/ عبد الحي حجازي . المرجع السابق .ج١. صفحة ٣٢٦.

2- M STORCK O P CITE PAGE 13.

و عليه يعتبر من الشروط الموضوعية: أن يصدر الإقرار في الآجال المتفق عليها بين المتعهد والمتعهد له لأنه إذا ما تم تحديد آجال للإقرار ولم يصدر الغير إقراره فإن هذا يعد رفضا ضمنيا للتعهد. كما أنه يعتبر من الشروط الموضوعية للإقرار أن يشمل هذا الإقرار الإلتزام بالتعهد كله و ليس جزء منه و إلا أعتبر إيجابا جديدا موجها من الغير إلى المتعهد له(1).

كما أنه قد يحدث أن لا يحدد المتعهد والمتعهد له أجلا لإقرار الغير في هذه الحالة يطرح لنا الإشكال حول المدة التي يؤخذ بها بعين الإعتبار لتحديد موقف الغير من التعهد

فبرجوع الى نص المادة 114 من القانون المدني الجزائري نجد المشرع لم يثر هذه النقطة على نقيض المشرع الألماني الذي جعل للغير أجل خمسة عشرة يوما من يوم إخباره لإظهار موقفه و إعتبر عدم رده في هذه المدة رفضا للتعهد. و نحن نرى أنه أمام غياب نص قانوني بتشريعنا الوضعي لا مانع أن يبرم طرفي التعهد إتفاقا جديدا يحددان من خلاله أجلا لإقرار الغير و هذا شريطة أن لا يمس هذا الإتفاق الجديد بالإتفاق الأول (2).

كما أنه بإعتبار المتعهد المدين بالالتزام فبإمكانه أن يثير إقرار هذا الغير و لا مانع أيضا من أن يقوم المتعهد له بذلك خصوصا أنه الطرف المستفيد من التعهد في كونه يرغب في إقامة علاقة تعاقدية مع الغير.

١-٢- الشروط الشكلية للإقرار:

لم تنص المادة 114 من القانون المدني الجزائري على شكل معين للإقرار "القبول" وعملا بالقواعد العامة المتعلقة بالتعبير عن الإرادة فإنه يجوز أن يكون الإقرار صريحا أو ضمنيا(3).

1- MSTORCK O.P CITE 13.
2 : JEAN BOULANGER. THESE PRECITE PAGE .126.

3- د/ أنور سلطان المرجع السابق صفحة 217.

أولا: الإقرار الصريح: يكون الإقرار صريحا عندما يقوم الغير بالإعلان عن نيته في تبني الالتزام المتعهد به لحسابه وهذا باتخاذ موقف لا يدع مجالا للشك أو التفسير كأن يصرح الغير بتقبله التعهد بقوله مثلا: " إني أقر وأوافق على عملية بيع العقار التي تمت لحسابي من قبل أ ". كما يمكن أن يكون الإقرار صريحا في الحالات التي يشترط فيها القانون شكلا خاصا كما في حالة العقود الرسمية كأن تعلق الإقرار بإنعقاد هبة أو رهن رسمي وإلا عد إقرارا باطلا "(٢).

ثانيا: الإقرار الضمني: يكون الإقرار ضمنيا عندما تكون إرادة الغير غير واضحة حيث يتم استخلاصها من الظروف المحيطة به كأن يقوم الغير بتنفيذ الالتزام المتعهد به أو كأن لا يعترض القاصر عند بلوغه سن الرشد عن التعهد الذي تم لحسابه(٣). لكن الإقرار الضمني يطرح لنا إشكالا حول إثبات نية الغير في تبني الالتزام المتعهد به. ففي حالة وجود نزاع يظهر دور القاضي في البحث عن هذه النية التي يمكن إثباتها بكل الوسائل المقررة قانونا للإثبات و هذا حسب طبيعة الإلتزام الذي سيلتزم به(٤).

ولتفادي مثل هذا الإشكال لا بد أن يكون إقرار الغير مصرحا به بوضوح بحيث لا يدع أي مجال للشك في نية الغير في إلحاق التصرف بذمته. وهذا حتى يتجنب المتعهد الالتزام بتعويض المتعهد له. فمن الضروري إذن أن يحصل من الغير عن إعلان صريح في تبني الالتزام المتعهد به كالذهاب به إلى الموثق لإفراغ إقراره في شكل رسمي(٥).

٢- تمييز الإقرار عن الإجازة:

يتمثل دور الإقرار في منح فعالية للتصرف الذي تم لحساب الغير بدون سلطة. فهو إذن يلعب دور تكميليا أكثر منه إنشائيا إذ يبقى التصرف الذي قام به المتعهد محدود الأثر حتى يظهر الغير موافقته المجسدة في إقراره (٦) فإرادة الغير تأتي لتدعيم ما تم لحسابه بدون سلطة فبالرغم من التشابه الظاهر الذي يجمع بين الإجازة والإقرار لكونهما يستندان إلى تصرف سابق لجعله مستقرا أو نهائيا إلا أن هناك إختلاف كبير بينهما.

---

١) M STORCK O.P CITE PAGE 13.

٢) الدكتور عبد الرزاق السنهوري المرجع السابق ج١ صفحة ٦٢١

٣) M STORCK O.P CITE PAGE 13.

4) ١JEAN BOULANGER THESE PRECITEE PAGE 106.

5- JEAN BOULANGER THESE PRECITEE PAGE 105 ET 106.

فالإجازة هي عمل قانوني بإرادة منفردة تصدر من أجل إزالة عيب شاب العاـ دǓ فيكون هذا لأخير بدونها قابǓ لǙبطال كالماǙǙ الذي يجيز بيع الغير لملكǓŇ فهـ ذا العاـ د موجود من الناحية القانونية و يرتب كافة Ǝثاره حتى يتارر إبطالǙǙ فتزول هذه اǓثار بأثر رجعي ويثبƘ وجوده نهائيا بنزول صاحب الشأن عن إبطالǙǙ (č) هذا حسب مـ ا نصـ Ƙ عليǙ المادة čČČ من القانون المدني الجزائري التي تاول: " يزول حƼ إبطال العاد بإجازة صريحة أو ضمنيةǓ وتستند الإجازة إلى التاريƼ الذي تم فيǙ العاد دون إخـ Ǔل بحا ـ وƼ الغير".

فصاحب الإجازة إذن ياوم بتصحيǋ ما قام بǙ بإرادتǙ سابقا فهو يريد بذلك إزالـ ة العيوب التي تشيب العاد كوقوƳ صاحب الإجازة في غلط أو إكراه ... إلƼ

إذن فالإجازة تدعم العǓقة التي قام بها المجيز بنفسǙ على عكƩ الإقرار في نـ Ǔام التعهد عن الغير فإرادة المتعهد عنǙ تدعم إرادة المتعهد المتدخل بدون سـ لطة و بالتـ الي فالإقرار ينشئ أثرا هاما هو جعل التعهد أكثر فعالية بعد أن كان غير نافذ في حاǙ.

ويشترك الإقرار والإجازة في كونهما يخضعان لمبدأ رجعية أثرهما وكون أن هذا الأثر Ǔ بد أن Ǔ يمƩ بحاوƼ الغير الذي إكتسب حاا من المجيز أو المار. لكـ ن الأثـ ر الرجعي لǙجازة فهو بااوة القانون وفƼ نص المادة čČČ من القانون المـ دني الجزائـ ري بينما الأثر الرجعي لǙقرار فهو يستخلص من الإرادة الصريحة أو الضـ منية لصـ احبǙ و هذا ما تؤكده المادة čČĐ قانون مدني جزائري.

č - د/ محمد تاية المرجع السابƼ صفحة čČĎ.

الفرع الثاني

الإقرار كتنفيذ عيني للتعهد

قد يحدث أن يوافق الغير على الإلتزام المتعهد به لحسابه ثم يعدل عن هذه الموافقة بحيث يصبح غير راغب في الإلتزام بالتعهد. هنا و نظرا لأن المتعهد ملزم بإيجاد الإلتزام، فإن التزامه يتوقف منذ لحظة قبول الغير و بالتالي فهو غير ملزم بضمان تنفيذه (1) و يكون المتعهد قد نفذ التزامه بمجرد إقرار الغير للتعهد حتى و لم ينفذه الغير فيما بعد. فلا يمكن أن يكون المتعهد ضامنا لتنفيذ التعهد إلا إذا وجد نص صريحا على ذلك فهو ملزم بإيجاد الإلتزام المتعهد به.(2)

تجدر الإشارة الى أن إصدار الإقرار من قبل الغير غير كاف لتحلل المتعهد من التزامه اتجاه المتعهد له، فبالإضافة إلى إصداره لا بد أن يكون الإقرار مستوفيا لشروط صحته الشكلية والموضوعية معا و إلا كان قابلا للإبطال كأن يصدر الإقرار من ناقص الأهلية، فهذا الأخير غير أهل لإصدار الإقرار لأنه ناقص الأهلية من شأنه أن يلزمه تجاه المتعهد له وفقا لنص المادة 83 من قانون الأسرة التي تعتبر تصرفات ناقص الأهلية قابلة للإبطال.

و إذا استوفى الإقرار كل شروطه تنشأ علاقة قانونية بين كل من المتعهد له والغير. و تبدأ هذه العلاقة حسب موضوع التعهد و الصورة التي يتخذها. فكما سبقت الإشارة إليه التعهد إما يكون مستقلا بذاته وهنا يكون بمثابة الإيجاب ويلتزم الغير منذ لحظة قبوله بالتعهد طبقا للمادة 114 من القانون المدني الجزائري. أما إذا كان التعهد تصرفا تبعيا لعقد رئيسي فإن إقراره له يكون له أثر رجعي إلى يوم إبرام التعهد لحسابه و لا يعد هذا خروجا عن مبدأ نسبية أثار العقد لأن الغير في هذه الحالة يكون قد إرتضاه بإرادته المنفردة.(3)

1- د/ عبد الرزاق السنهوري المرجع السابق ج ١ ص ٦٢٠.

2- JEAN BOULANGER THESE PRECITEE PAGE ٣٦.

٣- د/ فريدة زواوي المرجع السابق صفحة ١٧٤.

وفي كلتا الصورتين يصبح الغير مسؤولا تجاه المتعهد له أما المتعهد فيعد موفيا لالتزامه بحصوله على إقرار الغير ولا يهم إن قام الغير في تنفيذ الالتزام المتعهد به.

و تجدر الإشارة الى أنه قد يتعدد المتعهدون عن الغير و في هذه الحالة يرى الفقيه " بولونجي " أنهم يكونون متضامنين تجاه المتعهد له لأنه يعتبر المتعهد فضوليا (č).

و نحن نرى أن هذا الموقف يعد تطبيقا منطقيا للقواعد العامة لتصرف الشخص عن الغير بدون سلطة و هذا ما أخذ به المشرع الجزائري في المادة đĐĕ من القانون التجاري و الذي إعتبر الأشخاص الذين تعاملوا بإسم الشركة التي لم تقيد في السجل متعهدين متضامنين من غير تحديد أموالهم.

و نرى أنه لا مانع من تطبيق أحكام الفضالة فيما يخص حالة تعدد الفضوليين حسب ما نصت عليه المادة čđĐ من القانون المدني الجزائري.

و عليه إذا تعدد المتعهدون و تم تعهدهم في عقد واحد كانوا متضامنين بينما إذا تولى كل واحد منهم تعهدا يختلف عن الأخر فإن كل متعهد يكون مسؤولا وفق المادة ččĐ من القانون المدني الجزائري.

كما أنه قد يتعدد المتعهد عنهم ففي هذه الحالة لا يمكن مطالبتهم جميعا على أساس التضامن في حالة إقرار أحدهم فكل منهم حر في الإقرار أو عدمه لأن الإقرار يعد تصرفا قانونيا بإرادة منفردة و لا يلزم إلا صاحبه.

č- JEAN BOULANGER THESE PRECITEE PAGE 137.

الخاتمة

ما نخلص إليه في خاتمة دراستنا للطبيعة القانونية للتعهد عن الغير أن العقد الذي ينشئ التزاما في ذمة الغير يعتبر إستثناءا عن مبدأ نسبية أثار العقد لكن التعهد عن الغير لا يرتب التزاما في ذمة الغير إلا إذا ارتضاه بمحض إرادته إذا خول له القانون كامل السلطة و الحرية في الإقرار أو عدم الإقرار و هذا ما يجعله غير نافذ في حقه في الأصل.

كما أن حرية هذا الغير في الواقع ليست مطلقة إذ يجد هذا الغير نفسه في غالب الأحيان مضطرا للإقرار من أجل عدم الأضرار بالمتعهد نظرا للعلاقة التي تربطه به و هي إما علاقة قرابة مثل حالة الولي الذي يكون في الغالب الأب أو علاقة صداقة لكن هذا مجرد اعتبار خلقي يرجع لضمير الغير لا أكثر أما من الناحية القانونية فإن للغير كامل الحرية في الإقرار أو عدمه و هذا ما أكدته المادة 114 من القانون المدني الجزائري.

و المتعهد يختلف عن النائب من حيث أن هذا الأخير يعمل باسم الأصيل و تنصرف أثار نيابته إلى هذا الأخير. بينما المتعهد يعمل باسمه و لا تنصرف أثار التعهد إلى الغير إلا إذا أقره.

و يختلف أيضا عن الفضولي من حيث طبيعة الالتزام لكون الفضولي ملزم ببذل عناية أما المتعهد فهو ملزم بتحقيق نتيجة كأصل و يختلفان أيضا من حيث نطاق تطبيقهما فميدان تصرف الفضولي يكون في أعمال الإدارة دون أعمال التصرف التي تعد نادرة فيه على عكس التعهد إذ المتعهد يكون مرتبط في الغالب بعقد من عقود التصرف كعقد البيع و رأينا أن هذا لا يمنع من اعتبار المتعهد فضوليا عند توافر شروط النظامين معا.

و قد خلصنا إلى أن المتعهد ملزم بإيجاد الالتزام و ليس بتنفيذه مما يجعله يتميز عن الكفيل الذي يكون وفقا لأحكام الكفالة ملزما بتنفيذ الالتزام في حالة عدم تنفيذ المدين الأصلي للالتزام.

كما عرفنا أن التعهد عقد رضائي و في إمكان طرفيه الاتفاق على أن يلتزم المتعهد بضمان تنفيذ الالتزام في حالة رفض الغير مما يجعله في مركز الكفيل. و يطبق نفس الحكم في حالة كفالة مدين بسبب نقص الأهلية فهنا نكون أمام كفيل متعهد.

و كون التعهد عقدا فإن إخلال المتعهد بالتزامه يقيم مسؤوليته العقدية التي لا يمكنه التحلل منها إلا بإثباته للسبب الأجنبي إذ لا يمكنه أن يحتج برفض الغير كسبب أجنبي يعفيه منها. و يترتب على قيام هذه المسؤولية وجوب تعويض المتعهد له عن رفض الغير.

وهذا التعويض يمكن الاتفاق عليه كشرط جزائي أو يتدخل القاضي في تحديده إذا لم يقم طرفا التعهد بتحديده. و يشمل التعويض ما فات المتعهد له من كسب و ما لحقه من خسارة من جراء رفض الغير و في أي حال من الأحوال لا يمكن إجبار المتعهد على تنفيذ الالتزام المتعهد به لأنه كما رأينا فهو غير ملزم بالضمان إلا إذا أراد ذلك و كان هذا الالتزام غير متعلق بشخص الغير.

و رأينا أن العقد المقترن بتعهد عن الغير قبل إقراره هو عقد صحيح و نهائي و لكنه غير نافذ في حق الغير إلا إذا أقره. لكن باعتبار التعهد نادرا ما يكون مستقلا بذاته فإن موافقة الغير باعتباره أجنبيا عن التعهد ما هي إلا إقرار منه لما تم لحسابه بدون سلطة و هذا الإقرار و تماشيا مع طبيعته القانونية فإنه يستند أثره إلى يوم إبرام التعهد لحساب هذا الغير إذا استخلص ذلك صراحة أو ضمنيا من إرادته.

و رأينا أن المشرع الجزائري قد أخذ بالنظريتين: أخذ بنظرية الإيجاب عندما اعتبر موافقة الغير قبولا للإيجاب. و تأثر بنظرية العقد التام عندما اعتبر بالأثر الرجعي للقبول و ليس للإقرار و هذا ما يخالف الطبيعة القانونية للقبول فكان عليه الأخذ بنظرية العقد التام و اعتبار موافقة الغير إقرارا خاصة أن التعهد عن الغير من النادر إيجاده مستقلا بذاته. لهذا فقد كان على المشرع الجزائري عند تنظيمه للتعهد أن ينهج منهج المشرع الفرنسي الذي إعتبر موافقة الغير إقرارا و لا قبولا.

و هذا الإقرار يعتبر بمثابة شرط لنفاذ التعهد في حق الغير. كما يمكننا اعتباره بمثابة تنازل المتعهد عن حقه في الاحتجاج بعدم نفاذ التعهد في حقه و لا يمكن في أي حال من الأحوال اعتباره وكالة سابقة نظرا لإمكانية أن يكون هذا الغير قاصرا و بالتالي غير أهل لإعطاء وكالة سابقة.

كما أنه يستوجب الأمر في الإقرار شروطا موضوعية و شكلية حتى يكون نافذا في حق الغير حتى يتحلل المتعهد من التزامه تجاه المتعهد له فالإقرار له دور تكميلي و ليس إنشائي و هذا ما يميزه عن الإجازة التي تأتي من أجل أن تزيل العيب الذي شاب العقد و تجعله صحيحا. بينما الإقرار يكون من أجل دعم عقد تم بدون سلطة.

و توفر هذه الشروط يؤدي إلى براءة ذمة المتعهد باعتباره ملزما بضمان إيجاد الالتزام و ليس ضامنا لتنفيذه من قبل الغير. كما يظهر أيضا دور الإقرار في كونه تنفيذ عيني للتعهد و عليه تقام علاقة عادية بين المتعهد له و الغير و التي تبدأ منذ إقرار الغير للتعهد إلا إذا إستخلص صراحة أو ضمنيا إرادة الغير في إسناد أثره إلى يوم إبرامه.

و ما يمكننا الإشارة إليه أن المتعهد ما كان يتعهد لولا العلاقة التي تربطه بالغير و لولا يقينه الكافي بأن الغير سيقر ما قام به لحسابه. فالتعهد له أهمية عملية في مجال التعامل بين الأفراد فلو لم تكن له هذه الأهمية لما تطور و أصبح يظهر في المجال

ﻻقتصادي خصوصا في ميدان البنوﮎ نﻈرا لخاصية الضمان التي يعطيها للمتعاقـد مـع المتعهد.

وعليـﮫ فالتعهد عن الغير أداة قانونية تتﺄقلم ومتطورا Ƙا المجتمع فمن مجالـﮫ التقليدي المنحصر في التعامƘ Ǘت العائلية والمالية انتقل إلى مجال اﻻقتصاد والعǗقـƘ اǗت التجاريـة الدولية إذن فهو ليΣ بنادر الوقوǕ ودخول الجزائر في اقتصاد السوǩ سيجعلها تلجﺄ إليـﮫ نﻈرا لصفة الضمان التي يتمتع بها حتى تستطيع تحفيز الدول على التعاقد والتعامل معها.

كما يمكننا في الأخير أن نقترθ على المشرǓ إدراﺝ التعهد عن الغير ضمن طائفة عقود الضمان مثل عقد الكفالة مثل ما قام بـﮫ المشرǓ الألماني كما ﻻ بد من جعل موافقـة الغير إقرارا للتعهد و ليسƘ قبوﻻ خصوصا و أن التعهد عن الغير من النادر إيجاده بصفة مستقلة و هو ﻏالبا ما يكون مرتبطا بعقد أكثر و أوسع منـﮫ مدى.

قـائـمــة المـراجــŮ

(باللغة العربية)

*- الدكتور: أنور سلطانŮ الموجز في مصادر الإلتزام Ů طبعة čĕĕĒ Ů منشـأة المعارŽ الإسكندرية .

*- الدكتور : بلحاالله العربي Ů النŮرية العامــة لŮلتـزام فـي االـانون المـدني الجزاƑري الجزƇ الأول Ů التصرŽ االـانوني Ů العاـد و الإرادة المنفـردة Ů ديـوان المطبوعاƘ الجامعية.

*- الدكتور : جŮل علي العـدوي Ů أصـول الإلتزمـاƘ طبعـة čĕĕē Ů دار المعارŽ الإسكندرية .

*- الدكتور : جميل الشرقاوي Ů النŮرية العامة لŮلتزاماƘ طبعـة čĕĕē Ů دار المعارŽ الإسكندرية

*- الدكتور خليل حسن أحمد قدادة Ů الموجز في شرƟ االانون المدني الجزاƑري Ů الجزƇ الأول مصادرالإلتزام Ů ديوان المطبوعاƘ .

*- الدكتور: زهير المارتينيŮ الوجيز في نŮريـة الإلتـزام – مديريـة الكتـب و المطبوعاƘ -. – حلب – طبعة أولى čĕĒē.

*- الدكتور : سمير تناƷو Ů الدكتور : محمد منصور Ů نŮرية االانون و الإلتـزام . نŮرية االانون Ů نŮرية الحƀ Ů نŮرية العاد Ů أحكام الإلتزام طبعة čĕĕē Ů ديـوان المطبوعاƘ الجامعية

*- الدكتور: علي سليمان Ů النŮرية العامة لŮلتزام Ů مصادر الإلتزام طبعـة čĕ ديوان المطبوعاƘ الجامعية.

*- الدكتور:عبد المنعم فرلا الصدة ؘ مصا در التزام طبعة čĕĕĎ دار النهضـة العربية.

*- الدكتور: عبد الرازاڈ السنهورى ؘالوسيط في شرڄ االانون المـدنى الجـزئ الٲولؘ نـڟرية الٳلتزام بوجﷺ عام: مصادر الٳلتزام الطبعة الثانية čĕĒĐ ؘ دار النهضة.
*- الدكتور: عبد الرازاڈ السنهورى ؘالوسيط في شرڄ االانون المـدنى الجـزئ العاشر: الكفالة الطبعة الثانية čĕĒĐ ؘ دار النهضة.

*- الدكتور : عبد الودود يحى ؘ الموجز فى النڟرية العامة لٳلتزام ؘ لمصـادرؘ الٲحكامؘ الٲثباƘ طبعة čĕĕĐ دار النهضة العربية االاهرة.

*- الدكتور : عبد السيد احمد عبد الله نـڟرية العاد فى قانون المعامƘŭ المدنيـة الإماراتيؘ دراسة مـاارنة الفاﷺ الإسٲمي طبعة čĕĕđ دار النهضة العربية.

*- علي فيٳليؘ الإلتزاماƘ النڟرية العامة لٳلتزاماƘ طبعة ĕē – طبعة الكاهنة.

*- عبد الحي حجازي النڟرية العامة لٳلتزامؘ الجزئ الأول الإلتزام في حد ذاتـﷺ طبعة čĕđď.
*- عبد الحي حجازي النڟرية العامة لٳلتزام الجزئ الثاني مصادر الإلتزام طبعة čĕđď.

*- الدكتور: عبد المنعم البدراويؘ الجزئ الثاني أحكـام الإلتـزامؘ دار النهضـة العربية čĕĒĔ.

*- الدكتور: محمد وحيد الدين سوارؘ شرڄ االانون المـدنيؘ النڟريـة العامـة لٳلتزامؘ الجزئ الأولؘ مصادر الإلتزام طبعة čĕēē / čĕēĔ المطبعة الجديدة دمشڈ.

*- الدكتور: محمد ناليةؘ الإرادة المنفردة كمصدر لٳلتزام في االانون الجزائـري و التشريعة الإسٲمية طبعة čĕĔĐ ؘ المٶسسة الوطنية للكتاب.

*- الدكتور: محمد على البدوي، النظرية العامة للالتزام، الجزء الأول مصـادر الإلتزام طبعة čěěď منشوراƘ الجامعة المفتوحة.

*- الدكتور: مصطفى الجمال، مصادر الإلتزام دار المطبوعاƘ الجامعية čěđě.

***- الرسائل الجامعية:**

*- الدكتورة: فريدة زواوي، رسالة دكتوراه: مبدأ نسبية أثار العاد سنة čěěĎ.

***- المحاضرات:**

- محاضرة الدكتور: أمحمدي سليمان – محاƱراƘ حول الكفالة للعـام الدراسـي čěěĒ – čěěē م.

- المقالات:

*- الأستاذ محمد سعيد جعفر مجلة الجزائرية للعلوم القانونية و الإقتصادية و السياسية جزء čěď رقم: Čč ، ĎČČč.

*- بوحلاسة عمار الوكالة في القانون المدني الجزائري - مجلة الموثق العدد ƚ سنة čđ čěěĔ .

القـوانـيـن

*- الٓمر رقم: Ďđ đĚ المđرɋ فى ĎČرمضان عام čďěđالموافڧ لـ: ĎĒ سبتمبر čěēđ يتضمن االلنون المدنى.

*- االلنون رقم ĚĐ – čč المđرɋ فى ě رمضان عام čĐČĐ الموافڧ لـ: ě يونيو čěĚĐ يتضمن قانون الٓسرة.

*- الأمر رقم: ēđ/ ěđ ٰمđرɋ في ĎČ رمضان عام čďěđ الموافڧ ĎĒ سبتمبر سنة čěēđ يتضمن االلنون التجاري.

*- االرٯن الكريم: المصحƻ الشريƻ.

OUVRAGES EN FRANÇAIS

OUVRAGES GENERAUX

1- ALEXWEIL-FRANCOIS TERRE : DROIT CIVIL LES OBLIGATIONS : DEUXIEMME EDITION LIBRERIE DALLOZ 1975.

2 - AHMED LOURDJANE-LE DROIT CIVIL ALGERIEN-EDITION HARMATTANE 1985.

3 - (HENRY ET LEON) MAZEAUD ET JEAN (MAZEAUD-LES LECONS DE DROIT CIVIL : TOME II 1ER VOLUME - EDITION MONCHRESTIEN.

4 - CORINNE RENAUT -BROHINSKY : DROIT CIVIL- LES OBLIGATIONS-GUALINE EDITEUR PARIS 1999.

OUVRAGES SPECIAUX :

THESE:

- JEAN BOULANGER : LA PROMESSE DE PORTE .FORT ET LES CONTRATS POUR AUTRUI –THESE .COEN 1933

LES ARTICLES :

1- M.VERICEL –DESUETUDE OU ACTUALITEDE LA PROMESSE DE PORTE –FORT. ARTICLE –D 1988.

2- M.STORCK : JURIS CLASSEUR CIVIL ART 1120 FAS -7.2- CONTRAT ET OBLIGATION -1992.

DICTIONNAIRE JURIDIQUE.

- ALBERT JEAN DARMON - DICTIONNAIRE JURIDIQUE ET CONTRACTUEL DES AFFAIRES ET PROJETS- LA PROMESSE DE PORTE- FORT- COPYRIGHT 2002.
- SERGE BRAUDO- DICTIONNAIRE DU DROIT PRIVE- PORTE- FORT (CLAUSE DE).

CIRCULAIRE:

- ARTICLE 6:LIENS MATERIELS PERSONNELS AVEC LE CLIENT- PORTE- FORT -DU 21 FEVRIER 1969.
- EXT. BULLETIN - PORTE- FORT- NI 73,OCTOBRE 1983

خـطـة البـحـث